

Ordre public i norsk rett



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 656
Leveringsfrist: 25.04.10

Til sammen 17972 ord

22.04.2010

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Tema og problemstilling	1
1.2 Hensyn	1
1.3 Rettslig plassering	2
1.4 Rettskildebildet	3
1.5 Begrepsavklaring	4
Lex fori	4
Lex causae	4
1.6 Avgrensning og videre fremstilling	4
2. ORDRE PUBLIC SOM LOVVALGSPRINSIPP	5
2.1 Problemstilling	5
2.2 Generelt	5
Utgangspunktet – lovvalgsreglene	5
Historie	7
Begrepet	9
Prohibitiv og permissiv ordre public	12
2.3 Når kommer ordre public til anvendelse?	13
Resultatet	13
Tilknytningen	14
En snever unntaksregel	18
2.4 Grensen mot internasjonalt preseptoriske regler	20
Hva er internasjonalt preseptoriske regler?	20
Når er en regel internasjonalt preseptorisk?	21
Er internasjonalt preseptoriske regler også ordre public?	23

2.5 Hva blir konsekvensene av at ordre public kommer til anvendelse?	30
”Det tomme utgangspunkt”	30
Alternativ 1: Tomrommet erstattes ikke av andre regler	30
Alternativ 2: Tomrommet fylles med regler fra lex causae	30
Alternativ 3: Tomrommet fylles med regler fra lex fori	31
Alternativ 4: Tomrommet fylles med regler fra en tredje stat	31
2.6 Oppsummering	32
 3 ORDRE PUBLIC SOM NEKTELSESGRUNN FOR ANERKJENNELSE OG FULLBYRDING AV UTENLANDSKE DOMMER	 33
3.1 Problemstilling	33
3.2 Luganokonvensjonen 2007	33
Endringer ved innføringen	33
Skjerpet formulering	35
Prosessuell og materiell ordre public	36
Hva som faller utenfor konvensjonen	38
Forholdet til andre konvensjoner	39
3.3 Tvisteloven § 19-16 (3)	39
3.4 Oppsummering	42
 4. ORDRE PUBLIC I INTERNASJONAL KOMMERSIELL VOLDGIFT	 43
4.1 Problemstillingen	43
4.2 Generelt om voldgift	43
Hva er internasjonal kommersiell voldgift?	43
Hensyn	44
Rettslig grunnlag	46
4.3 Ordre public som lovvalgsprinsipp i voldgiftssaker	47
Utgangspunktet – partenes avtale	47
Når partene ikke har foretatt et valg	48

4.4 Hva er konsekvensen av at en voldgiftsdom er i strid med ordre public?	48
Domstolenes adgang til å prøve gyldigheten	49
Voldgiftsrettens adgang til å prøve gyldigheten	51
4.5 Anerkjennelse og fullbyrding	55
4.6 Oppsummering	59
5. AVSLUTNING	59
LITTERATURLISTE	61
Bøker	61
Artikler	62
Lovgivning	63
Forarbeider	66
Norsk rettspraksis	66
Utenlandsk rettspraksis	67
Nettdokument	67

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Formålet med oppgaven er å vise hvordan norske dommere kan reservere seg mot at fremmede rettsregler og avgjørelser får virkning i Norge, i de tilfeller disse vil være i strid med fundamentale verdier i norsk rett. Et slikt behov kan oppstå i rettsforhold med tilknytning til flere jurisdiksjoner enn den norske. Regelen som tillater å sette til side slike regler og avgjørelser kalles ordre public. Jeg vil ta utgangspunkt i tre ulike tilfeller hvor regelen kan være aktuell, og undersøke hvilke forskjeller eller likheter som eventuelt finnes. Jeg vil først redegjøre for norske domstolars adgang til å sette til side fremmede rettsregler, deretter adgangen til å nekte anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser. Til sist vil jeg ta for meg adgangen til å gripe inn med ordre public ved internasjonal kommersiell voldgift.

Det underliggende spørsmålet er om hensynene og behovet for å anvende ordre public er de samme for de ulike tilfellene. For å ta stilling til dette skal jeg se på de ulike utgangspunktene som ligger til grunn for ordre public, hva som kreves for at regelen skal komme til avendelse og hvilke konsekvenser dette fører med seg.

1.2 Hensyn

En norsk dommer er i utgangspunktet bundet til å anvende de rettsreglene som utpekes av de norske lovvalgsreglene. Dette kan like gjerne være fremmed som norsk rett. Velges fremmed rett er begrunnelsen at saken har sin sterkeste tilknytning til den fremmede stat, og at vi anser de fremmede rettsreglene som bedre egnet i det konkrete tilfellet.¹ Norske domstoler er også forpliktet til å anerkjenne og fullbyrde utenlandske dommer dersom det

¹ Cordes (1998) s. 150

følger av internasjonal overenskomst.² For å gjøre den internasjonale privatretten enklere og mer forutberegnelig fra land til land er det på mange områder inngått internasjonalt samarbeid. Målet er å oppnå uniform lovgivning for rettsforhold som går på tvers av landegrensene.³ Det forutsetter ensartede regler i de ulike land og tilsier at domstolene bør være varsomme med å tolke fritt eller sette egne vurderinger foran fremmede domstolars.⁴ Dette tilsier at adgangen til å reservere seg mot fremmede regler og avgjørelser bør være så liten som mulig.

Likevel kan anvendelsen av fremmede rettsregler og avgjørelser føre til betenkeligheter, fremmed rett kan f.eks. inneholde rasediskriminerende regler.⁵ Dette kan føre til at valgt rett faller utenfor rammen av hva norske domstoler kan tillate. Ordre public gir dommerne mulighet til å ta et forbehold mot fremmed rett. Regelen er generell og skal omfatte de tilfeller hvor resultatet av å anvende fremmed rett ville bryte med våre norske etiske og moralske rettsforestillinger.⁶ Å regulere de enkelte forhold som kan tenkes å stride mot våre rettsprinsipper ville vært en umulig oppgave. Det er derfor treffende å tale om ”sikkerhetsventilen” i internasjonal privatrett.⁷ Thue forklarer ordre public som et uttrykk for den internasjonale privatrettens ufullkommenhet, og viser til en uttalelse av Paul Lagarde hvor han sier at ordre public bygger bro mellom rettsordninger som ikke er forenlige.⁸

1.3 Rettslig plassering

Begrepet ordre public benyttes innenfor den internasjonale privatretten. Denne rettsdisiplinen omfatter lovvalgsregler i rettsforhold mellom private parter som har tilknytning til mer enn én stat, og gir svar på bl.a. hvilke domstoler som er kompetente til å

² Tvisteloven § 19-16 (1)

³ Eckhoff (2000) s. 286

⁴ ibid. s. 290-291

⁵ Cordes (1998) s. 150

⁶ l.c.

⁷ Gaarder (2000) s. 101

⁸ Thue (2002) s. 198

behandle saken og hvilke rettsregler som skal regulere forholdet.⁹ Den internasjonale privatretten er en del av hvert lands rettssystem og kan dermed variere fra land til land.¹⁰ Det er altså ikke snakk om en form for internasjonal rett, men derimot nasjonal rett på lik linje med f.eks. et lands strafferett eller forvaltningsrett. For den videre fremstillingen i denne oppgaven er det forutsatt at norske domstoler er kompetente.¹¹ Foruten norsk internasjonal privatrett vil oppgaven bygge på norsk prosessrett og folkerett.

1.4 Rettskildebildet

I norsk internasjonal privatrett er rettskildene sparsommelige, det er ikke mye å finne i verken lovgivning eller rettspraksis. Rettsanvenderen må derfor i stor grad støtte seg til rettsteori, utenlandske rettskilder og traktater med andre land.¹² Ordre public-regelen er til en viss grad lovfestet i norsk rett, men gjelder også på andre ulovfestede områder som et alminnelig prinsipp.¹³ Begrepet er dessuten folkerettslig regulert gjennom ulike konvensjoner. Oppgaven tar hovedsakelig utgangspunkt i begrepet slik det er benyttet i norsk lovgivning, i Roma-forordningene, Luganokonvensjonen, New York-konvensjonen og UNCITRALs modellov.

Roma-forordningene I og II gjelder innen EU og er derfor ikke tiltrådt av Norge, men er likevel av stor betydning. Gjennom EØS-avtalen er EU en av våre viktigste handelspartnere, og da særlig våre naboland.¹⁴ En harmonisering av lovvalsreglene er nødvendig for å oppnå et effektivt og forutsigbart samarbeid mellom statene.¹⁵ Problemet med at lovvalsreglene ikke er harmonisert er at man kan få et svært ulikt utfall av en rettslig tvist avhengig av i hvilken stat tvisten reises. Dette kan igjen føre til såkalt ”forum shopping”; partene legger en taktisk plan for hvor saken skal komme opp.¹⁶ Større visshet

⁹ Gaarder (2000) s. 19, 45

¹⁰ *ibid.* s. 19

¹¹ Jfr. tvisteloven § 4-3 (1)

¹² Cordes (1998) s. 36 flg. Gaarder (2000) s. 86

¹³ Gaarder (2000) s. 101

¹⁴ Moss (2009)a s. 70-71

¹⁵ *l.c.*

¹⁶ *l.c.*

om hvilke materielle regler som kommer til anvendelse skaper dessuten forutberegnelighet med tanke på når eventuelt ordre public vil være aktuelt. Ved tolking av norsk rett er det derfor av betydning å ta hensyn til både konvensjoner som vi har tiltrådt og som vi står utenfor.

De øvrige overenskomstene vil bli omtalt senere. For de tilfellene hvor verken lov eller avtale gir noe svar må rettsanvenderen benytte seg av alminnelig rettskildelære, som f.eks. sedvanerett eller rettspraksis.¹⁷

1.5 Begrepsavklaring

Innenfor den internasjonale privatretten brukes en del latinske begreper. Det kan derfor være hensiktsmessig med en kort innføring.

Lex fori

Med lex fori menes domstollandets rett. Det tenkes da både på de materielle og prosessuelle reglene i dette landet.

Lex causae

Med lex causae menes valgt rett. Det vil si den materielle rett som utpekes etter den relevante lovvalsregelen.

1.6 Avgrensning og videre fremstilling

Bruk av ordre public kan være aktuell på ulike stadier i en rettsprosess. Den kan dessuten forekomme i ulike fora. Jeg har som nevnt innledningsvis valgt å ta for meg tre ulike tilfeller hvor ordre public-regelen kan tenkes å få anvendelse.

Oppgavens tyngde ligger på ordre public som lovvalgsprinsipp. Dette emnet behandles i kapittel 2 hvor det redegjøres for adgangen til å reservere seg mot fremmede rettsregler.

¹⁷ Gaarder (2000) s. 87

Situasjonen er her at fremmed rett skiller seg så mye fra norsk rett at en anvendelse av reglene i Norge vil virke støtende på vårt rettssystem. I kapittel 3 tar jeg opp behovet for å reservere seg mot at utenlandske dommer og avgjørelser anerkjennes eller fullbyrdes i Norge. Dette er i stor grad regulert gjennom konvensjoner. Det siste tilfellet er oppgavens kapittel 4 som omhandler bruk av ordre public i internasjonale voldgiftssaker. Voldgift skiller seg på flere områder fra tvisteløsning ved de nasjonale domstoler. Jeg skal se nærmere på hvordan håndhevelse av voldgiftsavgjørelser avhenger av lovvalget, og hvilken betydning ordre public har i denne sammenhengen.

Oppgaven tar hovedsakelig for seg en behandling av ordre public i Norge, men bruker kilder og eksempler fra utlandet der dette bidrar til å belyse ulike sider ved regelen. Helt til slutt vil jeg komme inn på hva som kan anses som internasjonal ordre public.

2. Ordre public som lovvalgsprinsipp

2.1 Problemstilling

Dette kapittelet omhandler ordre public som lovvalgsprinsipp, det vil si i hvilken grad regelen griper inn ved lovvalget. Hensikten er å gi en oversikt over hva som er bakgrunnen for regelen, hva som skal til for at fremmede rettsregler anses for å være i strid med ordre public og hvilke konsekvenser dette fører med seg. Det skal også redegjøres for forholdet mellom ordre public og de internasjonalt preseptoriske reglene.

2.2 Generelt

Utgangspunktet – lovvalgsreglene

Innenfor den internasjonale privatretten har man egne lovvalgsregler som bestemmer hvilket lands materielle regler som skal anvendes i saker med tilknytning til mer enn ett

land. Lovvalsregler er altså regler av sekundær karakter.¹⁸ Hvilken lovvalsregel som er anvendelig avhenger av ulike tilknytningsfaktorer, alt etter hvilket rettsområde man befinner seg på og hvilke interesser og rettspolitiske hensyn som skal ivaretas.¹⁹ Eksempelvis skal inngåelse av ekteskap foregå etter de materielle reglene i partenes bopelsland (lex domicilii) fordi man anser disse reglene som best egnet for å ivareta hensynet til partenes religiøse og kulturelle identitet.²⁰ Norske domstoler kan derfor ikke alltid anvende egne rettsregler.²¹ Ifølge Thue er lovvalsreglene verdinøytrale.²² Det vil imidlertid være naturlig å gå ut i fra at også dommerens skjønn vil være av betydning. Man kan tenke seg at dommeren forsøker å finne et tilknytningsmoment som fører til et rimelig resultat. Hovedregelen er imidlertid at de materielle reglene som utpekes som lex causae etter lovvalsreglene skal anvendes. I kontraktsforhold er det for øvrig partene som i utgangspunktet bestemmer hva som er lex causae.²³

Ordre public er en unntaksregel fra lovvalsreglene. Uten unntaksregler vil dommeren kunne komme opp i situasjoner hvor han blir nødt til å fatte avgjørelser som for oss fremstår som forkastelige.²⁴ Den utpekte lovvalsregelen vil ikke alltid føre til et rimelig resultat. Ordre public utgjør på sett og vis rammen for dommernes adgang til å treffe avgjørelser etter fremmed rett.²⁵ Man kan også se på regelen som en ”rømningsvei”; en flukt fra fremmed rett.²⁶ På bakgrunn av dette utgjør ordre public et viktig prinsipp innenfor den internasjonale privatretten.²⁷

¹⁸ Eckhoff (2000) s. 294

¹⁹ Cordes (1998) s. 51

²⁰ *ibid.* s. 232

²¹ Gaarder (2000) s. 19

²² Thue (2002) s. 176

²³ Cordes (1998) s. 282

²⁴ Thue (2002) s. 176

²⁵ Cordes (1998) s. 150

²⁶ Moss (1999) s. 132

²⁷ Gaarder (2000) s. 104, Moss (2009) s. 73

Historie

Den internasjonale privatretten har i hovedsak blitt utviklet gjennom rettsteori, og det har blitt presentert ulike teorier om bruk av, og begrensning av fremmed rett.²⁸

Et viktig skille i den internasjonale privatretten går mellom positivistene og universalistene.²⁹ Mens positivistene søker å finne kilder i egen, nasjonal rett, har universalistene gitt lovvalgsreglene en overnasjonal / folkerettslig karakter.³⁰ Den eldste læren vi kjenner til stammer fra postglossatorene i Italia på 12-1400-tallet. De grunnla *statuttlæren* som er forgjengeren til lovvalgsreglene.³¹ Da læren først ble systematisert skilte man mellom to kategorier, *statuta realia*, som regulerte alle forhold på eget territorium, og *statuta personalia* som regulerte en borgers personlige forhold uansett om han befant seg i eller utenfor sin hjemby.³²

Statuttlæren ble så videreutviklet av den franske skolen som bl.a. sa at kontraktstedets rett måtte gjelde på obligasjonsrettens område. De mente at partene hadde godkjent kontraktssstedets rett ved å inngå avtale der.³³ De utviklet dessuten den kjente læresetningen om ”*lex rei sitae*” som bestemmer at fast eiendom reguleres av retten der eiendommen befinner seg.³⁴ Franskmennene tenkte ikke positivistisk, men anvendte fremmed rett ut i fra tanken om at retten etter sin natur hadde kompetanse også utenfor sine egne bygrenser.³⁵ En logisk slutning er dermed at tilsidesettelse av fremmed rett når dette fulgte av statuttlæren ville vært i strid med rettens natur.

Med den hollandske skolen på 1600–1700-tallet fikk vi en ny teori om bruk av fremmed rett. Dette var en nasjonalistisk teori som gikk ut på at statene selv hadde valget om å

²⁸ Gaarder (2000) s. 69 flg.

²⁹ *ibid.* s. 69

³⁰ *ibid.* s. 70-71

³¹ *ibid.* s. 72 -73

³² *ibid.* s. 73

³³ *ibid.* s. 72-73.

³⁴ Gaarder (2000) s. 73, Cordes (1998) s. 332

³⁵ Gaarder (2000) s. 74

anvende fremmed rett eller ikke.³⁶ I de tilfellene fremmed rett ble lagt til grunn, var dette av velvilje (”comitas”) overfor den fremmede stat. Håpet var at den fremmede stat ville gjengjelde velviljen.³⁷ Etter denne læren er det ikke noe behov for å sette fremmed rett til side, man velger heller å la være å anvende den. I motsetning til den hollandske skolen mente tyskeren Friedrich Carl von Savigny at det fulgte av folkeretten å anvende fremmed rett. Fremmed rett måtte legges til grunn når rettsforholdet hadde sitt naturlige ”sete” i den fremmede staten.³⁸ Han mente at privatretten var ”et produkt av et europeisk borgerlig samfunn”, løsrevet fra staten.³⁹ På samme måte som for statuttlæren kan vi derfor tenke oss at tilsidesettelse av den fremmede retten ville vært i strid med rettens natur. Forskjellen er at Savigny mente at det var folkeretten som legitimerte bruk av fremmed rett, ikke de fremmede reglene selv.

Læren som imidlertid skulle få mest betydning for ordre public og tilsidesettelse av fremmed rett ble utviklet av den nye italienske skolen med den italienske juristen og politikeren Mancini i spissen.⁴⁰ Her ser man klare linjer fra postglossatorene og læren om statuta personalia, hjemlandets rett. Med hjemlandets rett tenkte den nye italienske skolen på statsborgerlandet. Læren var preget av de nasjonalistiske tanker som herjet i Europa på 1800-tallet. Teorien medførte en forpliktelse for andre stater til å anvende fremmed rett når borgerne beveget seg utover sine landegrenser.⁴¹ Hjemlandsloven kunne likevel ikke gi en tilstrekkelig løsning i alle situasjoner, og det var derfor behov for noen unntaksregler. En av disse var ordre public-regelen. Den begrenset bruken av nasjonalitetsprinsippet, og var nyttig for tilhengerne av den italienske skolen.⁴²

³⁶ Gaarder (2000) s. 76

³⁷ *ibid.* s. 74

³⁸ *ibid.* s. 75

³⁹ Thue (2002) s. 199

⁴⁰ Gaarder (2000) s. 76-77

⁴¹ *l.c.*

⁴² Gaarder (2000) s. 77

Begrepet

Det finnes en rekke presentasjoner av begrepet ordre public. En forklaring er presentert av Thue som beskriver ordre public-konfliktene som ”mer en *opplevd* konflikt enn en rettskonflikt”.⁴³ Begrepet ordre public som sådan er universalt, mens innholdet av regelen varierer fra land til land. For at ordre public skal komme til anvendelse må resultatet av å anvende fremmed rett stride mot et lands ”rettsfølelse”.⁴⁴ Norges rettsfølelse kan således skille seg sterkt fra et annet lands rettsfølelse. Å gi en klar definisjon på hva som faller innenfor rammene av ordre public har ikke vært vellykket.⁴⁵ Dette avsnittet tar for seg begrepet og hvordan det er presentert i Norge og andre europeiske land, mens begrepets nærmere innhold i Norge behandles i pkt. 2.2.

Norsk rett

Også innenfor norsk teori har begrepet ordre public blitt uttrykt på ulike måter. Cordes beskriver ordre public-regelen som et forbehold mot å anvende fremmed rett når ”*resultatet av anvendelsen er åpenbart uforenlig med eller virker sterkt støtende mot grunnleggende norske samfunnsverdier*” (min kursivering). Videre sammenligner han regelen med en kulturell passkontroll hvor det må kontrolleres om de fremmede reglene vil føre til et resultat som er i strid med norske rettsverdier.⁴⁶ For at fremmed rett skal anses å være ordre public-stridig må man altså først slå fast hva som er norske samfunnsverdier, deretter vurdere når fremmed rett fører til et resultat som sterkt støter an mot disse verdiene. Andre uttrykk i norsk rett er blant annet presentert av Hambro som har gitt begrepet den norske oversettelsen ”rettsordeninnsigelsen”, mens ”stengje for framand rett” er brukt av Gjelsvik.⁴⁷

⁴³ Thue (2002) s. 190

⁴⁴ *ibid.* s. 190-191

⁴⁵ *Dicey and Morris on the conflict of laws* (2000) s. 84

⁴⁶ Gaarder (2000) s. 151

⁴⁷ *ibid.* s. 102, Gjelsvik (1936) s. 40

En presis formulering av begrepets innhold er verken mulig eller ønskelig. Dette skyldes blant annet at regelen er et uttrykk for samfunnsverdier som endres over tid.⁴⁸ Hva som anses som støtende i dag, behøver ikke gjøre det i fremtiden. Videre må begrepets innhold vurderes i lys av de forhold som gjør seg gjeldende fra land til land. Økonomiske og sosiale forskjeller kan gjøre at en kontrakt inngått utenfor Norge ikke vil oppfattes som ordre public-stridig, selv om den ville blitt oppfattet slik hos oss.⁴⁹ Gaarder omtaler ordre public som ”en uunnværlig sikkerhetsventil i ethvert lands internasjonale privatrett”.⁵⁰ Men behovet kan være ulikt. Et land som åpner for vid adgang for fremmede rettsregler har større behov for å ty til ordre public enn et land som i snever grad åpner for å anvende fremmede rettsregler.⁵¹ Som Knoph har uttrykt det er ordre public ”en typisk standard, dvs. et elastisk direktiv, som hvert land får utforme og praktisere ut fra sin nasjonale rettsinnstilling og rettstradisjon”.⁵² Dette gjør ordre public til en meget fleksibel regel, som igjen gjør det vanskelig å gi en oversikt over de tilfellene regelen vil komme til anvendelse.

I norsk rett har begrepet først og fremst banet seg vei via sedvaneretten. Noen generell regel for ordre public finnes verken i norsk lov eller rettspraksis.⁵³ I den norske kjøpslovvalgsloven har imidlertid ordre public-regelen fått en egen bestemmelse i § 6. Regelen sier at ”ein framand regel som ikkje er samhøveleg med ålmennskipnaden (L’ordre public) her i riket kan ikkje nyttast etter denne lova”. Paragrafen henviser i fotnoten til NL 5-1-2 som bestemmer at avtaler skal holdes såfremt dette ikke vil være i strid med lov eller ærbarhet.⁵⁴

Fransk rett

Begrepet ”ordre public” er allment akseptert og brukt i de fleste europeiske land, men stammer opprinnelig fra fransk rett, jfr. Code Civil art. 6 ”... l’ordre public”. Det er antatt at

⁴⁸ Cordes (1998) s. 150

⁴⁹ Gaarder (2000) s.109

⁵⁰ ibid. s.101

⁵¹ ibid. s.109

⁵² l.c.

⁵³ Cordes (1998) s.151

⁵⁴ Se pkt. 2.4

uttrykket for første gang ble brukt av Antoine Boulay de la Meurthe (1761-1840) som var fransk statsråd under konsulatet (1799-1804). Han skal ha brukt uttrykket i forbindelse med en utlending som var på gjennomreise og sagt at ”han må respektere ordre public og er i så henseende underlagt politi- og sikkerhetslovgivningen”. Det var Boulay selv som senere ga uttrykket innpass i code civil.⁵⁵

Engelsk rett

I England brukes uttrykket ”public policy”. Direkte oversatt betyr dette ”offentlig politikk” eller ”offentlig orden” og innebærer at anvendelse av fremmed rett som fører til et resultat i strid med de politiske interessene i eget land ikke kan legges til grunn.⁵⁶ I engelsk rett er det et uttrykk for statssuvereniteten. Dommeren skal ta hensyn til statens politiske interesser ved spørsmålet om fremmed rett kan anvendes på rettsforholdet. I de tilfeller hvor fremmed rett ”prejudices the interests of the United Kingdom or its good relations with foreign powers” kan den ikke anvendes.⁵⁷ Når det gjelder familierettslige forhold vil behovet for ordre public være mindre i England enn på resten av kontinentet. Dette skyldes hovedsakelig at England anvender domisilprinsippet, det vil si retten i bostedslandet.⁵⁸ Saker som kommer opp i England vil derfor ofte kunne dømmes etter engelsk rett. Det er videre i strid med public policy å anvende fremmede staters ”penal and fiscal law” og ”administrative and procedure law”.⁵⁹ I utgangspunktet skal heller ikke norske domstoler anvende fremmede rettsregler av offentligrettslig karakter med mindre dette er bestemt ved traktat. Problemet er gjerne at det kan være vanskelig å trekke grensen mellom offentligrettslige og privatrettslige regler.⁶⁰

⁵⁵ Thue (2002) s.178

⁵⁶ Thue (2002) s. 180

⁵⁷ l.c.

⁵⁸ l.c.

⁵⁹ l.c.

⁶⁰ Gaarder (2000) s. 116-117

Tysk rett

I Tyskland har de valgt en generell formulering av ordre public i EGBGB art.6.⁶¹

Artikkelen bestemmer at en utenlandsk rettsregel som må anses å være åpenbart i strid med grunnleggende prinsipper eller rettigheter i tysk rett, ikke får anvendelse. Regelen kalles forbeholdsklausulen ("die Vorbehaltsklausul") og indikerer at lovvalgsreglene inneholder et forbehold mot å anvende utenlandske rettsregler.⁶² Ordre public er et uttrykk for "de vesentligste grunnsetningene i tysk rett".⁶³

Prohibitiv og permissiv ordre public

Når norsk rett forbyr noe som fremmed rett tillater, kaller vi det *prohibitiv* ordre public.⁶⁴

En utenlandsk rettsregel som bestemmer at polygame ekteskap er tillatt, vil f.eks. kunne bli satt til side som prohibitiv ordre public i norsk rett fordi polygame ekteskap er forbudt i Norge.⁶⁵

Når norsk rett tillater noe som fremmed rett forbyr, kaller vi det *permissiv* ordre public.⁶⁶

Vi kan tenke oss en fremmed rettsregel som forbyr ekteskap mellom personer med ulik hudfarge. En slik regel ville bli møtt med permissiv ordre public i norsk rett.⁶⁷ Spørsmålet om permissiv ordre public ble for øvrig berørt i Justisdepartementets rundskriv (jnr. 1079/70 E) vedrørende utlendingers adgang til å inngå ekteskap i Norge. Her var det snakk om en konkret sak hvor en norsk statsborger ønsket å inngå ekteskap med sin amerikanske kusine som bodde i Oregon. Ekteskap mellom fetter og kusine er ikke tillatt i Oregon, men kan inngås i Norge på bakgrunn av regelen om permissiv ordre public. Det var et moment i denne saken at amerikanske lovvalgsregler anså ekteskapet som gyldig dersom ekteskapsvilkårene på inngåelsesstedet var oppfylt. Justisdepartementet uttalte videre at regelen om permissiv ordre public mest sannsynlig ikke ville blitt anvendt om begge

⁶¹ Gaarder (2000) s. 103

⁶² Gaarder (1963) s. 32

⁶³ Thue (2002) s. 190

⁶⁴ Cordes (1998) s.153

⁶⁵ *ibid.* s.153, Ekteskapsloven § 4.

⁶⁶ Cordes (1998) s.153

⁶⁷ *l.c.*

partene hadde vært domisiliert i et land hvor ekteskap mellom fetter og kusine var forbudt.⁶⁸

I norsk rett ville vi også sett bort fra ekteskapshindringer som forbud mot ekteskap mellom jøde og ikke-jøde, og forbud mot ekteskap mellom kvinne og ikke-muslim.⁶⁹

2.3 Når kommer ordre public til anvendelse?

Kapittel 2.3 skal så langt det er mulig forsøke å gi et mer håndfast bilde av ordre public. Det skal presenteres ulike faktorer som er av betydning for å avgjøre om den fremmede retten er tilstrekkelig avvikende til at ordre public kommer til anvendelse. I pkt. 2.4 skal grensen mot internasjonalt preseptoriske regler trekkes. Eksempler fra rettspraksis vil bli brukt til å illustrere de ulike forhold.

Resultatet

Anvendelse av ordre public forutsetter at lovvalgsreglene har pekt ut fremmed rett som anvendelig. Neste skritt blir å fastslå hvilket utfall saken vil få ved anvendelse av den fremmede retten.

Det er kun overfor *resultatet* av å anvende fremmed rett man kan reagere med ordre public, ikke overfor den fremmede rettsregel som sådan.⁷⁰ Dette betyr på den annen side at en fremmed regel som etter sitt innhold oppfattes som svært støtende på vår rettsorden, men som leder til et akseptabelt resultat, ikke kan angripes med ordre public.⁷¹ Dette er internasjonalt anerkjent og i tråd med den tyske EGBGB art. 6 og den østerrikske IPRG § 6.⁷² Dette begrunnes med at det er resultatet som har de synlige virkningene. Hva som er formålet og innholdet med en fremmed regel kan være problematisk å fastslå.⁷³

⁶⁸ Cordes (1998) s.153

⁶⁹ Thue (2002) s. 324

⁷⁰ Cordes (1998) s.151

⁷¹ l.c.

⁷² Thue (2002) s. 183

⁷³ ibid. s. 185

Et illustrerende og mye brukt eksempel er gitt av Ludwig von Bar.⁷⁴ Han sammenlikner et internasjonalt rettsforhold med et tre. Når treet vokser på fremmed grunn er det ingenting vi kan gjøre med stammen, men der hvor treet skyter greiner inn i vårt samfunn kan vi velge hvilke greiner vi lar stå og hvilke vi velger å kutte. Uavhengig av om vi ville latt stammen få stå på egen grunn, kutter vi altså de greiner som strider mot våre etiske og sosiale prinsipper, mens de andre får stå.⁷⁵ Det er f.eks. ikke noe i veien for å godta et barn født i et gyldig inngått ekteskap som arveberettiget, selv om fremmede rettsregler om flergifte kunne blitt møtt med ordre public ved spørsmål om ekteskapsinngåelse.⁷⁶ Begrunnelsen er at det ikke er i strid med norsk ordre public at et barn arver sin far, og at man gjerne anser det som bedre å anerkjenne noe som allerede har oppstått enn å rive opp etablerte familieforhold.⁷⁷ Likedan burde det vel heller ikke være noe i veien for at en kone nr. 2 arver sin mann. Det er prinsippet om flergifte som er i strid med norsk ordre public, ikke retten til arv.

Tilknytningen

Ved vurderingen av om ordre public skal komme til anvendelse, kan tilknytningen til Norge være av betydning.⁷⁸ Har saken svært liten tilknytning til Norge, kan vi være mer tilbøyelige til å anvende fremmed rett selv om den skulle stride mot norske grunnverdier. Har saken derimot sterk tilknytning til Norge, vil vi lettere ty til bruk av ordre public. Vilkåret stammer fra det tyske begrepet ”inlandsbeziehung” (innenlandstilknytning) som er hentet fra tysk teori og adoptert av flere land, deriblant Norge og Frankrike.⁷⁹ Hensynet er at rettsavgjørelsen må få virkning i domstollandet, f.eks. fordi det er av betydning for en person som bor der.⁸⁰ Det må påpekes at vilkåret ikke er absolutt, men at det brukes som et

⁷⁴ Thue (2002) s. 180

⁷⁵ *ibid.* s. 183

⁷⁶ Se blant annet Thue (2002) s.183, Rt 1977 715 s. 723

⁷⁷ Thue (2002) s.183, *Dicey and Morris on the conflict of laws* (2000) s. 83

⁷⁸ Gaarder s. 107

⁷⁹ Thue (2002) s. 184

⁸⁰ *ibid.* s. 185

utgangspunkt. Det betyr at ordre public kan komme til anvendelse selv om den eneste tilknytningen til Norge er norsk verneting.⁸¹

I to saker som gjaldt oppløsning av polygame ekteskap var tilknytningsvilkåret avgjørende. Det ene tilfellet ble ansett som ordre public-stridig, det andre ikke.

Den første saken, Rt. 1977 s.715, gjaldt omstøtelse av et muslimsk ekteskap nr. 2. ”A” som var fra Bangladesh, giftet seg i 1969 med kone nr. 1 i Vest-Pakistan som han fikk 2 barn med. Ekteparet ble senere splittet på grunn av borgerkrigen, hvorefter ”A” kom til Norge i 1971. Han ble senere bosatt og fikk arbeid i Norge, og var kun tilbake i Bangladesh på kortere besøk. Under ett av disse besøkene giftet han seg på nytt med kone nr. 2 som han tok med seg til Norge. Også i dette ekteskapet ble det født 2 barn. Da kone nr. 2 kom tilbake til Norge etter et besøk i Bangladesh bodde ”A” i parets felles leilighet sammen med kone nr. 1 og barna i første ekteskap. Kone nr. 2 gikk til sak og krevde sitt eget ekteskap omstøtt. ”A” hadde ved saksanlegget bosted i Norge og retten fant det derfor ikke tvilsomt at norske domstoler var riktig verneting.⁸² Spørsmålet var om norsk eller fremmed rett skulle regulere kravet. Høyesterett uttaler, med henvisning til Gaarder, at etter den ”vanlige lære” skal spørsmålet avgjøres etter loven i ektefellenes hjemland på vigselstiden, med unntak av de tilfeller hvor ordre public gjør seg gjeldende.⁸³ Høyesterett stadfestet Lagmannsrettens dom og kom til at ordre public kom til anvendelse på bakgrunn av sakens sterke tilknytning til Norge. Høyesterett uttalte at ”et polygamt ekteskap mellom ektefeller som har en sterk tilknytning til vårt land, er klart uforenlig med vår rettsorden. Det er et grunnleggende prinsipp i vår rett at et ekteskap skal være monogamt”. Et uomstøtelig polygamt ekteskap måtte derfor anses som ordre public-stridig og norske regler måtte komme til anvendelse. Retten viste bl.a. til sakens sterke tilknytning til Norge ved at ”A” ved saksanlegget hadde kommet til Norge for over 2 år siden. Saksøker (kone nr. 2) måtte også anses for å ha tatt bopel i Norge, og parets ekteskapelige liv var stort sett knyttet til Norge. Videre måtte det ifølge Høyesterett være klart at skilsmisse etter ekteskapsloven

⁸¹ Gaarder (2000) s. 107-108

⁸² Jfr. tidligere tvistemålsloven § 419a nr. 1

⁸³ Rt. 1977 s. 715 (s. 723)

kun var mulig for det første ekteskapet. Det sies ifm. dette at ”separasjonsinstituttet passer overhodet ikke på et tilfelle som det foreliggende, da en separasjon forutsetter at ektefellene igjen skal kunne gjenoppta samlivet”. På bakgrunn av dette måtte løsningen bli omstøtelse etter ekteskapsloven § 31. Mindretallet i lagmannsretten, dommer Løchen, mente at saken ikke hadde en slik tilknytning til Norge at ordre public kunne komme til anvendelse. Han viste til at omstøtelse er en konsekvens av en opprinnelig mangel ved ekteskapet, noe som i denne saken ikke var tilfelle. Ekteskapet var gyldig inngått i Bangladesh. Han påpekte forskjellen mellom et ekteskap nr. 2 inngått i Norge og Bangladesh. Hadde ekteskapet vært inngått i Norge, måtte omstøtelse på grunn av ordre public være mulig. Når ekteskapet derimot var gyldig inngått i Bangladesh, måtte man etter Løchens syn være forsiktig med å anvende ordre public. Graden av tilknytning må være av betydning, noe han i denne saken ikke fant å være sterk nok. Han la bl.a. vekt på at ekteskapet hadde foregått utenfor Norge, at kone nr. 2 var fast bosatt og statsborger i Bangladesh, og ikke hadde vært i Norge før etter vielsen. I tillegg kunne mannen ikke anses for å ha tatt bopel i Norge før etter vielsen fant sted.

Både Lagmannsrettens mindretall og Høyesterett legger altså avgjørende vekt på tilknytningen ved spørsmålet om ordre public skal komme til anvendelse, men kommer til ulikt resultat. Mens dommer Løchen argumenterer for en restriktiv bruk av ordre public i forhold til rettsoppfatninger som er anerkjent etter muhamedansk lov, synes Høyesterett å ta hensyn til kone nr. 2 sitt behov for å komme seg ut av ekteskapet tatt i betraktning sakens tilknytning til Norge. Høyesterett uttaler at omstøtelse synes å være den ”naturlige og riktige” løsning og legger vekt på at separasjon ikke er en tilfredsstillende løsning fordi det innebærer en fare for at samlivet igjen opptas.

I den andre saken, Rt. 1983 s. 251, gjaldt det et polygamt ekteskap inngått i Pakistan. Forskjellen var her at kun kone nr. 2 hadde tatt bopel i Norge. Mannen kom til Norge i 1971 og oppholdt seg her med unntak av noen besøk i Pakistan. Kone nr. 2 kom i 1975 til Norge hvor paret fikk 2 barn sammen. Dommen henviste til Rt. 1977 s. 715 og til at ekteskapet kunne omstøtes, men mente i tillegg at ektefellene måtte få velge mellom

omstøtelse og separasjon.⁸⁴ Det ble vist til at et omstøtelig ekteskap etter norske regler anses som gyldig inntil ekteskapet er omstøtt. Siden ektefeller i disse tilfellene kan velge mellom separasjon og omstøtelse, må ektefeller i lovlig inngåtte polygame ekteskap også ha det samme valget. I forhold til uttalelsen i dommen i 1977 om at separasjonsinstituttet ikke passet på det foreliggende tilfellet, sa Høyesterett at dette ikke kunne tolkes som at separasjon ikke kunne vært krevd.⁸⁵ Både Lagmannsretten og Byretten kom til samme resultat som Høyesterett, og konkluderte med at det ikke var uforenlig med norske rettsnormer at separasjon ble innvilget. De la blant annet vekt på at det var saksøkerens (kone nr. 2) hensikt å komme seg ut av ekteskapet, og at mannens tilknytning til Norge ikke kunne anses som særlig sterk da han var flyttet tilbake til Pakistan. Det ble også vist til at kone nr. 1 og hennes barn var bosatt i Pakistan, og at hun ikke ville få innreisetillatelse til Norge så lenge mannen var registrert gift med kone nr. 2.

Tilknytningsvilkåret har vært gjenstand for kritikk. Hovedsakelig fordi spørsmålet om resultatet er ordre public-stridig eller ikke kan bli mer eller mindre tilfeldig, avhengig av hvilken grad av tilknytning saken har til domstollandet.⁸⁶ Thue mener at den eneste forskjellen mellom sakene, at i sak nr. 1 befant begge konene seg i Norge, mens i sak nr. 2 gjaldt dette kun den ene, må ses som en ren tilfeldighet.⁸⁷ Han finner derfor de ulike løsningene lite overbevisende og antar at dommen fra 1983 er ”en flukt inn i konkret rimelighet, og at man derfor verken bør gi den rettslige implikasjoner eller mer generelle rettslige konsekvenser”. Han bemerker også at valget om separasjon gir en implisitt anerkjennelse av polygame ekteskap.⁸⁸ Også Moss stiller seg kritisk til kravet om innenlandstilknytning, og mener at motstrid med fundamentale prinsipper bør være uavhengig av geografisk tilknytning. Hun bruker bl.a. et eksempel om slaveri og uttaler:

⁸⁴ Rt. 1983 s. 251 (s. 256)

⁸⁵ I.c.

⁸⁶ Thue (2002) s. 186

⁸⁷ ibid. s. 344

⁸⁸ ibid. s. 344 flg.

”If the slave trade is contrary to ordre public, it seems appropriate to expect that a judge would not apply a foreign rule permitting slave trade, irrespective of whether the dispute before him or her has a strong, weak or very weak connection with the forum”.⁸⁹

På samme måte må det etter min mening være naturlig å resonnerer i forhold til polygami. Når det først er klart at polygami strider mot norske rettsprinsipper, bør det være uten betydning hvilken grad av tilknytning saken har til Norge. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor sakens tilknytning til Norge er så liten at et resultat som bygger på norske verdier vil anses som svært urimelig i det konkrete tilfellet. Det må derfor være rom for å ta hensyn til resultatets rimelighet.

En tredje sak hvor tilknytningsvilkåret var et moment var en vekselsak mot en norsk statsborger bosatt i Palermo (Rt. 1969 s. 664). Det gjaldt en låneavtale der nordmannen fremsatte ågerinnsigelse på bakgrunn av særdeles høy rente. Antatt at det var vanskeligere å nå fram med en ågerinnsigelse etter italiensk enn etter norsk rett, var spørsmålet om norsk rett kunne anvendes på bakgrunn av et ordre public-synspunkt. Høyesterett fant ikke at tilknytningen var sterk nok til at norsk rett kom til anvendelse. Begge parter var bosatt i Italia og vekslene var både utstedt og ment å skulle innfris der. Nordmannen drev også sin forretningsvirksomhet i Italia, og den eneste tilknytningen man kunne se til norsk rett var at nordmannen var norsk statsborger.

I vurderingen vil det også tas hensyn til aktualiteten; hvilken tilknytning saken har til domstollandet, altså Norge, *per i dag*. Hovedårsaken er at synet på hva som er ordre public-stridig endrer seg med tiden.⁹⁰

En snever unntaksregel

Blir terskelen for å anvende ordre public altfor lav, mister den internasjonale privatretten mye av sin betydning.⁹¹ Hambro har uttrykt det slik:

⁸⁹ Moss (1999) s. 141

⁹⁰ Thue (2002) s. 184 flg.

”Regelen må ikke bli amorf og uoverflytende. Rettsordeninnsigelsen må ikke bli den store bøygen i den internasjonale privatrett. Den må ikke bli et bekvemt skalkeskjul for alle forsøk på å slippe vekk fra anvendelsen av utenlandske rettsregler.”⁹²

Resultatet av å anvende fremmed rett må derfor være *åpenbart* uforenlig med våre fundamentale rettsprinsipper. Det fremgår bl.a. av Roma I art. 21 og Roma II art. 26. Ordlyden er identisk i begge artiklene. Den danske teksten lyder: ”Anvendelsen af en bestemmelse i et bestemt lands lov, som er udpeget efter denne forordning, kan kun undlades, hvis en sådan anvendelse er åbenbart uforenelig med ordre public i domstolslandet”. Det er ikke tilstrekkelig at resultatet ville blitt et annet etter norsk rett, heller ikke at vi anser resultatet som uheldig eller urimelig.⁹³ Det bør stilles krav til positive grunner for å tilsidesette fremmed rett.⁹⁴ Rettsordninger som bygger på en annen kultur enn den vestlige kan lettere tenkes møtt med ordre public. Særlig i forhold til diskriminering av rase og religion har regelen kommet til anvendelse.⁹⁵ Thue nevner noen konkrete eksempler på familierettens område som typisk vil være i strid med norsk ordre public.⁹⁶ Foruten polygami vil adgangen til å gi brudepris stride mot norske fundamentale prinsipper.⁹⁷ Dette er en afrikansk tradisjon hvor man i bytte med bruden gir en betaling eller lignende til brudens foreldre.⁹⁸ Å anse bruden som et avtaleobjekt vil være i strid med norsk ordre public på grunn av den personlige integritet og kvinnens verdighet.⁹⁹

I praksis kan man tenke seg at dommeren tilstreber å finne andre løsninger i tråd med *lex fori* før ordre public legges til grunn, f.eks. ved å lete etter alternative tilknytningsmomenter. Et sitat hentet fra en engelsk dommer er således treffende:

⁹¹ Cordes (1998) s. 155

⁹² l.c.

⁹³ Gaarder (1963) s. 32

⁹⁴ *ibid.* s. 34

⁹⁵ Cordes (1998) s. 155

⁹⁶ Thue (2002) s. 323 - 325

⁹⁷ *ibid.* s. 324

⁹⁸ l.c.

⁹⁹ l.c.

”It is never argued at all but where other points fail.”

2.4 Grensen mot internasjonalt preseptoriske regler

Hva er internasjonalt preseptoriske regler?

Internasjonalt preseptoriske regler er bestemmelser i *lex fori* som er så grunnleggende at de får umiddelbar anvendelse, uavhengig av sakens tilknytning til utlandet.¹⁰⁰ Tidligere snakket man om positiv ordre public, mens man i dag gjerne bruker det mer moderne uttrykket ”internasjonalt preseptoriske regler”.¹⁰¹ Gaarder taler om regler som er et ”direkte og adekvat uttrykk for vår moraloppfatning” og som overhodet ikke tåler innblanding fra fremmed rett.¹⁰² Forskjellen fra ordre public er først og fremst metodisk. I stedet for å vurdere om resultatet av å anvende fremmed rett strider mot fundamentale prinsipper, tar vi utgangspunkt i *formålet til den norske rettsregelen*. Formålet kan være å beskytte eller fremme sosial-, kultur- eller næringspolitiske interesser.¹⁰³

Thue oppfatter de internasjonalt preseptoriske reglene slik at de er motivert av en mentalitet preget av hjemlengsel. Med hjemlengsel menes en overbevisning om at den hjemlige (norske) lovgivningen er best skikket til å ivareta og beskytte våre (norske) interesser.¹⁰⁴ Den moderne og overlegne rettsutviklingen som det siktes til, mener Thue har funnet sted i alle de vestlige land og at begrunnelsen for å anvende egen rett derfor ikke holder mål.¹⁰⁵ Fra et praktisk synspunkt kan det vel heller ikke ses bort i fra at anvendelsen av internasjonalt preseptoriske regler skyldes den enkle tilnærmingen hvor man ikke først går veien om de fremmede rettsreglene. I tillegg kommer at en norsk dommer som regel vil være mest kjent med norske regler og dermed ha et bedre utgangspunkt for å oppnå et materielt riktig resultat.

¹⁰⁰ Thue (2002) s. 181-182.

¹⁰¹ Gaarder (2000) s. 106

¹⁰² *ibid.* s. 105

¹⁰³ Thue (2002) s. 181.

¹⁰⁴ *ibid.* s. 210

¹⁰⁵ *l.c.*

Når er en regel internasjonalt preseptorisk?

Fra nasjonal rett kjenner vi skillet mellom preseptoriske og deklarasjoniske regler.

Spørsmålet i dette avsnittet er når en preseptorisk regel også har internasjonal rekkevidde.

Sagt med andre ord; i hvilke tilfeller går regelen også foran fremmed rett?

Spørsmålet dukket opp allerede under den romanske skole hvor ordre public ble benyttet i forbindelse med statuttheorien.¹⁰⁶ Etter hvert innså man at ikke all preseptorisk rett samtidig kunne være internasjonalt preseptorisk.¹⁰⁷ Derfor ble det av sveitseren Charles Brocher skapt et skille mellom "ordre public interne" og "ordre public international".¹⁰⁸ Til og med Savigny anerkjente at rettsforholdets sete ikke i alle tilfeller var tilstrekkelig, men at visse regler i lex fori uansett måtte komme til anvendelse.¹⁰⁹ Mens preseptoriske regler ikke kan gripe inn overfor lex causae, anses internasjonalt preseptoriske regler som så viktige for forumstaten at de kan gripe inn. Uønskede resultater løses ved å gi visse regler "absolutt karakter" som indikerer at de skal anvendes uten unntak.¹¹⁰ Hensynet er ofte å beskytte den svakere part.¹¹¹ Derfor kalles reglene gjerne for inngrepsnormer etter tysk rett, og har sitt rettslige grunnlag i statssuvereniteten.¹¹² I "Bokhandleren i Kabul-dommen" argumenterer dommer Sverdrup for at "internasjonalt direkte anvendelige rettsregler" er et bedre uttrykk.¹¹³ Hun begrunner dette med at uttrykket "internasjonalt preseptoriske regler" i for stor grad peker mot ufravikelige kontraktsregler.¹¹⁴

Det er en absolutt forutsetning at en regel er internt preseptorisk for at den kan være internasjonalt preseptorisk.¹¹⁵ Det er ofte uttrykt i lovgivningen om en regel er preseptorisk eller deklarasjonisk.¹¹⁶ Det kan imidlertid være vanskeligere å vite når en regel skal anses å

¹⁰⁶ Thue (2002) s. 179

¹⁰⁷ l.c.

¹⁰⁸ l.c.

¹⁰⁹ Moss (1999) s. 103

¹¹⁰ Eek (1965) s. 197

¹¹¹ Cordes (1998) s. 154, Moss (1999) s. 136

¹¹² Thue (2002) s. 199 flg.

¹¹³ Rt 2009 s. 1537

¹¹⁴ ibid. (37)

¹¹⁵ Thue (2002) s. 205

¹¹⁶ l.c.

være internasjonalt preseptorisk, særlig fordi ulike uttrykk har kommet fram i teorien uten at man har funnet en entydig løsning.

Thue antyder at det på visse offentligrettslige områder er oppnådd en enighet om reglenes internasjonale rekkevidde.¹¹⁷ Også etter Roma I art. 9 skal man med internasjonalt preseptoriske regler forstå ”bestemmelser, hvis overholdelse af et land anses for at være så afgørende for beskyttelsen af dets offentlige interesser, som f.eks. dets politiske, sociale og økonomiske struktur at bestemmelserne finder anvendelse på alle forhold, der falder ind under deres anvendelsesområde, uanset hvilken lov der i øvrigt skal anvendes på aftalen i henhold til denne forordning.”¹¹⁸ Ved vurderingen av om disse skal komme til anvendelse skal det tas hensyn til bestemmelsens ”karakter og formål samt til virkningerne af deres anvendelse eller tilsidesættels”. Mindre klart er det om privatrettslige interesser har internasjonal rekkevidde. Det er uansett enighet også blant norske teoretikere om at reglenes formål er relevant for avgjørelsen.¹¹⁹ Thue påpeker at det er et behov for kriterier for å avgjøre reglenes internasjonale rekkevidde.¹²⁰ Hvilke kriterier dette er, er imidlertid ikke opplagt. Moss sier blant annet:

”it seems impossible to find a method that permits the certain identification of the criteria for qualifying a rule as overriding, and the determination is left to the *ad hoc* evaluation of the interpreter”.¹²¹

Hun konkluderer med at det er umulig å stadfeste på forhånd om en regel er internasjonalt preseptorisk. Dette beror bl.a. på forholdene i den konkrete saken, de berørte interesser, samt sakens tilknytning til domstollandet.¹²²

¹¹⁷ Thue (2002) s. 207

¹¹⁸ Roma I art 9 pkt.1.

¹¹⁹ Thue (2002) s. 205-207, Gaarder (2000) s. 106, Cordes (1998) s. 154, Moss (1999) s. 104 flg.

¹²⁰ Thue (2002) s. 205

¹²¹ Moss (1999) s. 104

¹²² Moss (1999) s. 109

Er internasjonalt preseptoriske regler også ordre public?

Regler som er internasjonalt tvingende i norsk rett er gjerne en indikasjon på hvilke områder som også vil rammes av ordre public. Men det betyr ikke at en fremmed rettsregel som er i strid med en internasjonalt preseptorisk regel automatisk er i strid med ordre public.¹²³ Anvendelse av internasjonalt preseptoriske regler betyr kun at de nasjonale reglene får anvendelse uten at fremmede rettsregler er vurdert.¹²⁴ Det kan derfor tenkes at norsk rett kommer til anvendelse selv om lovvalgsreglene har pekt ut fremmede rettsregler som ikke er i strid med ordre public. ”Bokhandleren i Kabul-dommen” kan brukes som illustrasjon. Ved spørsmålet om lovvalg ble Roma II-forordningen trukket fram. Forordningen regulerer ikke saker om ”forpliktelser utenfor kontrakt, der utspringer af krænkelse af privatlivets fred og af individets rettigheder, herunder ærekrenkelser”. Årsaken er at det ikke ble oppnådd enighet, men spørsmålet ble likevel drøftet under forhandlingene. EU-kommisjonens forslag var at slike saker reguleres av lex fori når lex causae ”ville være i strid med grunnleggende prinsipper i domlandet angående ytringsfrihet og informationsfrihet”.¹²⁵ Forslaget er altså en henvisning til en alminnelig ordre public-drøftelse. Høyesterett var uenig og mente at ytringsfriheten er så grunnleggende at våre regler på dette området ubetinget må legges til grunn. I så fall foretas ingen ordre public-drøftelse.

For å forklare når internasjonalt preseptoriske regler er eller ikke er ordre public tar Moss utgangspunkt i formålet og prinsippene som ligger til grunn for de tvingende reglene.¹²⁶

Hun sier:

”If the foreign law responds to the same policy but implements it in a different way or degree ... it is not justifiable to invoke a violation of public policy. If the foreign law does not pursue the same policy, on the other hand, there is room for applying the ordre public clause”.¹²⁷

¹²³ *ibid.* s. 144

¹²⁴ Eek (1965) s.197

¹²⁵ Rt. 2009 s. 1537 (35)

¹²⁶ Moss (1999) s. 144

¹²⁷ *l.c.*

Når hensynene som ligger til grunn er de samme kan det i mange tilfeller være en smakssak om man betegner det som internasjonalt preseptoriske regler eller ordre public.¹²⁸ Vi kan igjen bruke eksempelet med polygami. På den ene side kan vi si at vi ikke anvender den fremmede regelen om flergifte fordi det strider mot vår rettsorden. I så fall legger vi ordre public til grunn. På den annen side kan vi benytte de internasjonalt preseptoriske reglene og si at vår regel om monogami er så grunnleggende at den må komme til anvendelse uten videre.¹²⁹ Men selv om forskjellen i realiteten ikke er så stor kan det anses som høfligere eller mer diplomatisk å anvende internasjonalt preseptoriske regler.¹³⁰ På den måten unngår vi å dømme andre lands rettsregler som forkastelige. Metoden har vært vanlig i Norge, noe som skal illustreres med eksempler nedenfor.

Eksempler på internasjonalt preseptoriske regler i norsk privatrett

Ugyldighetsbestemmelser

I to dommer fra 1927, ”Eidenbomdommen” og ”Frønsdalsdommen”, var det spørsmål om gyldigheten av handel på New York børsen oppstått ved terminspill.¹³¹ Straffelovens ikrafttredelseslov. § 12 nr. 1, som bestemmer at slik handel er uforbindende, ble ansett for å ha absolutt karakter og således lagt til grunn framfor amerikansk rett. I Frønsdalsdommen ble det hevdet at norsk lovgivning måtte komme til anvendelse ettersom forholdet var påstått uforbindende.

”At ville bringe utenlandsk lov og ikke norsk lov i anvendelse paa tilfældet vilde, saavidt jeg forstaar, være det samme som at berøve bestemmelsen i ikrafttrædelseslovens § 12 om terminspil det væsentlige av dens betydning”.

Et eksempel hvor norsk rett *ikke* kom til anvendelse har vi i ”student-kjennelsen” hvor en norsk student nektet å innfri gjeld, jfr. løsgjengerloven § 26. Studenten hadde pådratt seg

¹²⁸ Gaarder (2000) s. 107

¹²⁹ l.c.

¹³⁰ l.c.

¹³¹ Rt. 1927 s. 663 og Rt. 1927 s. 794

gjeld ved kjøp av mat og drikke på kreditt på et vertshus i Tyskland. Studenten fikk ikke medhold. Bestemmelsen tok sikte på å regulere skjenking av rusdrikk i Norge, og var således av en annen karakter enn strl. ikrl. §12. Den kunne derfor ikke få virkning på skjenkning i utlandet.¹³²

Kjøpslovvalgsloven § 6 (”ikkje er samhøveleg med rettsordenen”) viser til NL 5-1-2 som bestemmer at avtaler som er i strid med ærbarhet skal kjennes ugyldig. Spørsmålet om når en avtale er i strid med ærbarhet, har i obligasjonsretten vært koblet opp mot uttrykket ”god tro”.¹³³ Hvis et løfte ikke er fremkalt i god tro, f.eks. ved tvang eller svik, kan dette typisk være i strid med ærbarhet.¹³⁴ Et eksempel hvor svik ble anført som begrunnelse for å legge norsk rett til grunn er ”Thams-dommen” hvor det ble inngått en svikaktig avtale om kjøp av aksjer.¹³⁵ Selgeren og spekulanten Thams var bosatt i Frankrike og det var spørsmål om forholdet skulle avgjøres etter norsk eller fransk rett. Høyesterett sier om dette;

” Som en helt selvstendig grunn til at anvende norsk rett vil jeg ogsaa nevne, at det her er spørsmåal om kontraktens ugyldighet paa grunn av svik fra den ene parts side. Derav følger nemlig at dersom svik efter vedkommende fremmede retts ordning ikke skulde ha de samme alvorlige rettsfølger som efter norsk rett, vilde en norsk domstol være avskaaet fra at legge de fremmede rettsregler til grunn.”¹³⁶

Cordes nevner at dommen har vært kritisert. Det skyldes at konsekvensene av å følge Høyesteretts uttalelse ville ført til at norsk rett kom til anvendelse straks en ugyldighetsinnsigelse ble anført.¹³⁷ Han bemerker at denne fremgangsmåten ikke er riktig. Når fremmed rett er utpekt av den relevante lovvalgsregelen skyldes dette, som tidligere anført, at den fremmede rett anses som den mest kompetente for det aktuelle rettsforholdet. Det bør derfor foretas en vurdering av hva som eventuelt er ugyldig før man angriper den fremmede rett med ordre public.¹³⁸

¹³² Gaarder (2000) s. 112, Gaarder (1963) s.37-38, Cordes (1998) s. 158-159

¹³³ Hov (2002) s. 201

¹³⁴ l.c.

¹³⁵ Rt. 1931 s. 1185

¹³⁶ Rt. 1931 s. 1185 s. 1186

¹³⁷ Cordes (1998) s. 158

¹³⁸ l.c.

Grunnloven § 97

I en Høyesterettsdom fra 1934 ”Aufwertung” var det strid om et krav basert på en lov trådt i kraft etter rettsforholdets opphør.¹³⁹ Dette måtte ifølge dommer Alten stride mot hovedgrunnsetningen i norsk rettsorden om forbudet mot lovers tilbakevirkende kraft. Det ble derfor sagt at Grunnloven § 97 ”maa sette en grense for anvendelsen av fremmede lovbestemmelser”.¹⁴⁰

Forsikringslovvalgsloven § 5

En lovfestet bestemmelse for internasjonalt tvingende rett finner vi i forsikringslovvalgsloven § 5. Bestemmelsen sier at ”selv om fremmed lov legges til grunn, skal norske domstoler anvende ufravikelige regler i norsk lov når de er tvingende uansett hvilket lands lov som ellers anvendes”.¹⁴¹ Hvilke regler bestemmelsen sikter til er uklart. Med arbeidet av loven ble det av noen av høringsinstansene etterlyst et klarere svar, særlig med tanke på at dette kan føre til en rekke fortolkningstvister.¹⁴² Justis- og politidepartementet fant det imidlertid vanskelig å angi uttrykkelig hvilke regler som skulle anses som internasjonalt preseptoriske. Departementet mente at det vil være vanskelig å fastslå på lovgivningstidspunktet hvilket behov det ville være for slike regler. Derfor fant de det mest hensiktsmessig å overlate denne oppgaven til domstolene. To bestemmelser som departementet antyder kan være internasjonalt preseptoriske i norsk rett er likevel nevnt, den første er avtaleloven § 36 og den andre er forsikringsavtaleloven § 7-8.¹⁴³ Sistnevnte bestemmelse regulerer skadelidtes stilling ved ansvarsforsikring i tilknytning til større næringsvirksomhet mv., og er en typisk bestemmelse som beskytter den svakere part.

¹³⁹ Rt. 1934 s. 152

¹⁴⁰ *ibid.* s. 156

¹⁴¹ Ot. prp. nr. 72 (1991-1992) s. 66

¹⁴² *l.c.*

¹⁴³ *l.c.*

Når det gjelder avtaleloven § 36 har ikke Justis- og politidepartementet utdypet noe nærmere hvorfor regelen kan betraktes som internasjonalt preseptorisk.¹⁴⁴ Om dette skal tolkes som en generell adgang til å anvende avtaleloven § 36 som en internasjonalt tvingende regel eller om visse internasjonalt tvingende regler også kan falle innenfor bestemmelsens virkeområde, vil være av stor betydning. Regelen er en formuerettslig generalklausul og har både i teorien og i praksis inntatt en stor plass i obligasjonsretten.¹⁴⁵ Det kan derfor få store konsekvenser å gi § 36 en generell internasjonal rekkevidde. Hovedregelen for lovvalg på obligasjonsrettens område er partsautonomi og vil gjerne medføre en berettiget forventning for partene om at de regler som er avtalt skal komme til anvendelse.¹⁴⁶ Dette tilsier at bruken av § 36 som tvingende regel bør begrenses. Cordes og Gaarder antyder bl.a. at avtalelovens § 36 ikke kan anvendes på urimelige utenlandske priser.¹⁴⁷ Samtidig er bestemmelsen en viktig beskyttelse mot urimelige kontraktsvilkår og bør i visse tilfeller også kunne få anvendelse i internasjonale kontraktsforhold. Mitt inntrykk er derfor at det som et minstekrav bør foretas en kritisk vurdering før bestemmelsen kommer til anvendelse.

Barnets beste

Hensynet til barnets beste har gjerne vært sett på som et så viktig prinsipp i norsk rett at regler med dette formål må komme til anvendelse uten innblanding av fremmed rett, eksempelvis et barns interesser i saker om farskap, foreldreansvar og samværsrett.¹⁴⁸ Jeg vil her nevne en dom fra 1953 hvor norsk rett ble lagt til grunn selv om saken hadde sin nærmeste tilknytning til Tyskland. Det gjaldt spørsmål om farskap og bidragsplikt til et tysk barn født i Tyskland. Moren var tysk og bosatt i Tyskland med barnet, mens faren var en nordmann som hadde vært soldat ved Tysklandsbrigaden. Som et utgangspunkt ble det ansett som mest naturlig å anvende retten som saken hadde sin nærmeste tilknytning til, i

¹⁴⁴ l.c.

¹⁴⁵ Hagstrøm (2004) s. 275

¹⁴⁶ Cordes (1998) s. 282

¹⁴⁷ Cordes (1998) s. 159, Gaarder (2000) s. 112.

¹⁴⁸ Cordes (1998) s. 154

dette tilfellet tysk rett.¹⁴⁹ Norsk rett ble likevel lagt til grunn fordi de grunnsyn som lå bak reglene ellers ikke ville blitt tilstrekkelig ivaretatt.¹⁵⁰ Det ble bl.a. påpekt at beskyttelseshensynet for barn utenfor ekteskap er et bærende prinsipp i vår lovgivning og at det også må komme utenlandske barn til gode, så fremt saken fremmes for norske domstoler og overfor en formodet norsk far.¹⁵¹

Ytringsfriheten

I en Høyesterettsak i 2009 ble forfatter Åsne Seierstad og forlaget Cappelen Damm AS saksøkt for personvernkrænkelser.¹⁵² Saken gjaldt ”Bokhandleren i Kabul”, en bok utgitt i Norge i 2002 om en bokhandler og hans familie i Afghanistan. Seierstad hadde våren 2002 oppholdt seg hos familien, og hadde på forhånd fortalt bokhandleren at hun ønsket å skrive en bok om den afghanske kulturen og familien hans. Bokhandleren ble imidlertid ikke klar over bokens nærmere innhold før i 2003, etter opplysninger fra en norsk journalist. Familien kjente seg igjen i boken, og mente den bidro til å spre ”privatsensitive, krenkende og farlige opplysninger”.¹⁵³

Spørsmålet var således om lovvalget skulle falle ut til fordel for norsk eller afghansk rett, og om norske internasjonalt preseptoriske bestemmelser uansett gjorde seg gjeldende. Angående spørsmålet om ytringsfriheten uttaler Høyesterett ved dommer Sverdrup;

”Ytringsfriheten er av fundamental betydning for vårt samfunn, og jeg finner det derfor klart at norske prinsipper om ytringsfrihet må anses som internasjonalt direkte anvendelige”.¹⁵⁴

Dommer Skoghøy er av samme oppfatning og legger til at ytringsfriheten bl.a. skal ”sikre enkeltindividenes utvikling, sannhetsøkning og selvrealisering”, og at dette gjelder ytringer

¹⁴⁹ Jfr. ”Irma Mignon-formelen”.

¹⁵⁰ Rt 1953 s.1132

¹⁵¹ ibid. s. 1143

¹⁵² Rt. 2009 s.1537

¹⁵³ ibid. (3)

¹⁵⁴ Rt. 2009 s. 1537 (39)

som både oppfattes som positivt og negativt.¹⁵⁵ Han sier videre at det vil være fullstendig uakseptabelt om ytringer som er fremsatt i Norge, skal være underlagt sensur i virkningslandet. Så legger han til;

”Så fundamental som vi betrakter ytringsfriheten, bør imidlertid våre ytringsfrihetsregler ikke bare beskytte ytringer som er fremsatt i Norge, men også ytringer som er fremsatt i andre land. Riktignok kan vi ikke bestemme hvilke regler andre land skal ha, men vi kan bestemme hvilke regler som skal legges til grunn ved avgjørelsen av saker som blir brakt inn for norske domstoler. På denne bakgrunn finner jeg det klart at våre ytringsfrihetsregler må anses om internasjonalt direkte anvendelige og gjelde uavhengig av hvor ytringen er fremsatt”.¹⁵⁶

Dommen diskuterer også om reglene om personvern er av så grunnleggende karakter at norske regler som tar sikte på å beskytte personvernet generelt bør anses som internasjonalt preseptoriske. Førstvoterende, dommer Sverdrup, finner at en alminnelig lovvalgsregel for personvernkrenkelser ikke kan fastsettes med utgangspunkt i denne saken.¹⁵⁷

Annenvoterende, dommer Skoghøy, er uenig. Han fremhever at sammenhengen mellom ytringsfrihet og personvern er så nær at det vil være vanskelig å ha ulike regler på de områdene;

”Når saker om personvernkrenkelser blir behandlet av norske domstoler, bør derfor ikke bare spørsmålet om hvor langt ytringsfriheten rekker, men også spørsmålet om hvilke elementer ved personligheten som er vernet, hvilke følelser som er beskyttet, og hvilke krav som kan gjøres gjeldende på grunn av krenkelsen, avgjøres etter norsk rett. Dersom dette blir lagt til grunn, vil det i tilfeller hvor en sak om en personvernkrenkelse blir anlagt for norske domstoler, ikke være særlig plass for anvendelse av utenlandsk rett. Dette gir grunnlag for å etablere en alminnelig rettsvalgsregel for personvernsaker”.

Saken ble avgjort av norske regler, men av den grunn at innholdet i afghansk rett ikke ble ansett som tilstrekkelig klarlagt til at tvistelovens krav om betryggende avgjørelsesgrunnlag var oppfylt. De øvrige dommere sluttet seg til dommer Sverdrup.

¹⁵⁵ ibid. (57)

¹⁵⁶ ibid. (58)

¹⁵⁷ ibid. (41)

2.5 Hva blir konsekvensene av at ordre public kommer til anvendelse?

”Det tomme utgangspunkt”

Når det er klart at ordre public kommer til anvendelse, betyr det at den delen av fremmed rett som fører til et ordre public-stridig resultat settes til side.¹⁵⁸ Det betyr ikke at lex causae settes til side i sin helhet. Dette er i tråd med minimumsprinsippet.¹⁵⁹

Lovvalsreglene er hovedregelen og lex causae skal derfor benyttes i den grad det er mulig, altså i den utstrekning den ikke leder til et ordre public-stridig resultat. Det oppstår et hull i lex causae og spørsmålet blir hva man skal gjøre med tomrommet som den ordre public-stridige delen etterlater seg.

Alternativ 1: Tomrommet erstattes ikke av andre regler

Det kan tenkes at dette tomrommet ikke nødvendigvis må erstattes av annen rett. I mange tilfeller kan man ved å basere avgjørelsen på den øvrige retten i lex causae oppnå et akseptabelt resultat.¹⁶⁰ Eksempelvis kan vi tenke oss forbudsregler (f.eks. rasistiske ekteskapsforbud) eller unntaksregler (f.eks. ikke-arverett for barn født utenfor ekteskap) som vi velger å se bort fra og i stedet holder oss til hovedregelen.¹⁶¹

Alternativ 2: Tomrommet fylles med regler fra lex causae

Det er videre en mulighet å fylle det rettstomme rommet med andre regler i lex causae.¹⁶² Denne løsningen er foretrukket i bl.a. Tyskland og vi kan trekke fram et eksempel fra en sak behandlet av den tyske Reichsgericht. Saken gjaldt en sveitsisk fordring som ikke kunne godtas i Tyskland fordi fordringen ikke var gjenstand for foreldelse etter sveitsisk

¹⁵⁸ Thue (2002) s. 194

¹⁵⁹ Thue (2002) s. 194, jfr. Hov (2002) s. 159

¹⁶⁰ Thue (2002) s. 194-197

¹⁶¹ Thue (2002) s. 197-198.

¹⁶² *ibid.* s. 195

rett. I stedet for å anvende tysk rett, syntes det rimeligere å anvende den lengste foreldelsesfristen i Sveits.¹⁶³

Alternativ 3: Tomrommet fylles med regler fra lex fori

En vri på løsningen fra Reichsgericht-saken er presentert av Kegel. I stedet for å finne fram til den lengste foreldelsesfristen i lex causae, benytter man den lengste foreldelsesfristen i lex fori.¹⁶⁴ På den måten tar man hensyn til lex causae, men modifierer den så den harmonerer med rettsfølelsen i lex fori.

I fransk og romansk rett har man valgt å la den ordre public-stridige delen bli erstattet av lex fori uten hensyntagen til lex causae. Tanken er at grunnleggende verdier i lex fori har satt deler av lex causae ut av spill pga sakens tilknytning til lex fori. Den samme tilknytningen legitimerer bruk av lex fori på det rettstomme rom.¹⁶⁵ Dessuten oppnår man en enkel måte for dommeren å finne fram til anvendelig rett, samt forutberegnelighet for partene.¹⁶⁶

Alternativ 4: Tomrommet fylles med regler fra en tredje stat

Denne løsningen er hentet fra den italienske internasjonal-privatrettsloven og innebærer at man søker etter en annen fremmed rett som kan tenkes utpekt, lex fori skal kun anvendes som siste alternativ.¹⁶⁷ Ett av hensynene er å unngå en form for ”misbruk” av ordre public, det skal ikke være en lettvinnt måte for dommeren å anvende egen rett.¹⁶⁸ Løsningen skal søkes med tanke på å oppnå en funksjonell internasjonal privatrett samtidig som den harmonerer med lex fori.¹⁶⁹ For å finne frem til de alternative regler som skal fylle

¹⁶³ Gaarder (2000) s. 118

¹⁶⁴ Thue (2002) s. 195.

¹⁶⁵ ibid. s. 197

¹⁶⁶ l.c.

¹⁶⁷ Thue (2002) s. 196

¹⁶⁸ l.c.

¹⁶⁹ Thue (2002) s. 195-196

tomrommet, søker man etter alternative tilknytningsmomenter i lovvalgsreglene i lex fori.¹⁷⁰

Det eksisterer ingen klar regel på hvilken løsning som anvendes i Norge, men norske teoretikere antyder at lex fori er den mest nærliggende løsningen.¹⁷¹ Thue argumenterer for lex fori fordi han anser løsningen som den som gir mest forutberegnelighet og rettslikhet.¹⁷² I tillegg mener han det er uheldig å først avvise en fremmed regel for så å omforme den fremmede retten, anvendelse av lex fori viser dermed mer respekt for den fremmede rett.¹⁷³

2.6 Oppsummering

Historisk sett har det eksistert ulike årsaker til å anvende fremmed rett. I dag er det de norske lovvalgsreglene som bestemmer dette. Når fremmed rett pekes ut som anvendelig er det fordi den anses som den mest kompetente og best egnede for det konkrete tilfellet. En tilsidesettelse av fremmed rett skal kun skje i unntakstilfeller og krever at norske grunnleggende verdier er krenket. Ordre public skal ikke være en enkel løsning for norske dommere til å anvende egen rett. Det er videre klart at ordre public ikke er sammenfallende med internasjonalt preseptoriske regler, men at hensynene i mange tilfeller vil være de samme. Når de internasjonalt preseptoriske reglene også er ordre public kan dommeren velge hvilken tilnærmingstype han vil bruke for å anvende egen rett. I de få tilfellene fremmed rett har blitt satt til side i norsk rett har det vært en klar tendens i Høyesterett til å anvende internasjonalt preseptoriske regler. Man er da sikret at norske grunnsyn blir tilstrekkelig ivaretatt, og opptrer også på en mer diplomatisk måte overfor den fremmede stat. Dersom man anvender ordre public-regelen kan ulike løsninger tenkes, men det synes å være en felles oppfatning i norsk rett om å erstatte fremmed rett med regler i lex fori.

¹⁷⁰ Thue (2002) s. 196, Moss (1999) s. 136

¹⁷¹ Cordes (1998) s. 160, Gaarder (2000) s. 118

¹⁷² Thue (2002) s. 197

¹⁷³ l.c.

3 Ordre public som nektelsesgrunn for anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske dommer

3.1 Problemstilling

I dette kapittelet skal det redegjøres nærmere for adgangen til å reservere seg mot at en utenlandsk avgjørelse blir anerkjent eller fullbyrdet i Norge, og hvorvidt anvendelsen av ordre public på dette området skiller seg fra ordre public som lovvalgsprinsipp.

Utenlandske dommer har ikke automatisk retts- og tvangskraft i Norge, norske prosessregler krever at dette følger av lov eller overenskomst med vedkommende stat.¹⁷⁴

Jeg skal også undersøke om det er noen forskjell ved anvendelsen av ordre public på de konvensjonsregulerte tilfellene og de som ikke er det. I det følgende vil det tas utgangspunkt i ordre public-regelen i Luganokonvensjonen 2007 og tvisteloven.

3.2 Luganokonvensjonen 2007

Luganokonvensjonen 2007 (heretter Lugano 07) erstatter Luganokonvensjonen 1988 (heretter Lugano 88) som den viktigste overenskomsten vi har for anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser.¹⁷⁵ Formålet med Lugano 07 er å oppnå fri bevegelighet av dommer.¹⁷⁶ For en effektiv oppnåelse av formålet stilles det strenge krav for å nekte anerkjennelse og fullbyrding på grunn av ordre public. Konvensjonen har forrang som *lex specialis* foran tvisteloven.¹⁷⁷

Endringer ved innføringen

Lugano 07 trådte i kraft 01.01.2010 som norsk lov ved ”lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker”.

Konvensjonen gjelder mellom Norge, Danmark og EU, mens Lugano 88 gjelder inntil

¹⁷⁴ Jfr. tvisteloven § 19-16 (1), tvangsfullbyrdsloven § 4-1 (2).

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) kapittel 1

¹⁷⁶ l.c.

¹⁷⁷ *Tvisteloven kommentarutgave* (2007) s. 191

videre i forhold til Sveits og Island.¹⁷⁸ Konvensjonen fra 1988 gjaldt opprinnelig mellom de 15 medlemslandene i EU før utvidelsen i 2004 og EFTA-landene (unntatt Lichtenstein og Polen), og ble opprettet som en parallellkonvensjon til Brusselkonvensjonen fra 1968 som gjaldt innbyrdes i EU. Da Brusselkonvensjonen ble erstattet med Brusselforordning I ble det behov for en oppdatering også av Luganokonvensjonen.¹⁷⁹

De viktigste forskjellene mellom Lugano 88 og Lugano 07 er for det første at EU har inngått som én part i motsetning til tidligere hvor hver medlemsstat inngikk som selvstendig part. Dermed blir alle EU-land som er en del av det indre justissamarbeid bundet av konvensjonen.¹⁸⁰ Videre skal det bli enklere for parter utenom EU/EFTA å tiltre konvensjonen, og EF-domstolen har fått stilling som øverste domstol.¹⁸¹ I fortalen til Lugano 07 står det uttrykkelig at det skal tas hensyn til Brusselkonvensjonen 1968, Lugano 88, Brusselforordning I og avtalen mellom EU og Danmark om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker.

Hovedregelen for anerkjennelse fremgår av art. 33 (1) “En dom avsagt i en konvensjonsstat (opphavsstaten) skal anerkjennes i de andre konvensjonsstater (mottakerstater) uten noen særskilt prosedyre”. Ordre public er unntaket, og ble etter Lugano 88 regulert av art. 27 (1), mens den etter Lugano 07 reguleres av art. 34. For tvangsfullbyrdelse finner vi hovedregelen i art. 38 “En dom som er avsagt i en konvensjonsstat og som er tvangskraftig der, skal fullbyrdes i en annen konvensjonsstat (mottakerstaten) når den er blitt erklært tvangskraftig i denne staten etter begjæring fra en part med rettslig interesse”. Ordre public ble tidligere regulert av art. 34, mens den nå reguleres av art. 41 og 45. Domsbegrepet er noe utvidet etter den nye konvensjonen da også avgjørelser truffet av et forvaltningsorgan med dømmende myndighet skal regnes som dom.¹⁸² Voldgiftsavgjørelser er imidlertid holdt utenfor og vil bli behandlet i kapittel 4.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) kapittel 1

¹⁷⁹ ibid. kapittel 7

¹⁸⁰ ibid. kapittel 1

¹⁸¹ ibid. kapittel 1

¹⁸² Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) pkt. 5.3

Skjerpet formulering

Adgangen til å nekte *anerkjennelse* har fått en snevrere formulering etter den nye konvensjonen. Mens den gamle artikkelen bestemte at en dom ikke skulle anerkjennes om dette ville virke støtende på rettsordenen i mottakerstaten, er det føyd inn et vilkår i den nye artikkelen om at anerkjennelsen *åpenbart* vil virke støtende på rettsordenen.¹⁸³ Uttrykket tilsvarer det engelske uttrykket ”manifestly” og samsvarer med Brusselforordningens tilsvarende regel.¹⁸⁴ I høringsnotatet til Lugano 07 kommer det fram at det er noe usikkert om dette kravet skal oppfattes som en skjerpelse eller tydeliggjøring. Bakgrunnen for det er at det allerede eksisterer en internasjonal aksept for at man skal være tilbakeholden med å anvende innsigelsen.¹⁸⁵

I forhold til *fullbyrdelse* er det av effektivitetshensyn blitt innført en snevrere adgang til å avslå en begjæring om fullbyrdelse pga. ordre public hensyn.¹⁸⁶ Er de formelle kravene etter art. 53 oppfylt, følger det av konvensjonen art. 41 at dommen *skal* erklæres tvangskraftig. Domstolen som mottar begjæring om tvangsfullbyrdelse kan dermed ikke prøve om vilkårene i art. 34 foreligger.¹⁸⁷ Begrunnelsen er at man ønsker å oppnå en raskere prosedyre for å gjennomføre fullbyrdelse av dommer. Etter den nye konvensjonen kan en begjæring om fullbyrdelse kun avslås pga. ordre public ved overprøving for anke-domstolen (Lagmannsretten), jfr. art. 45.¹⁸⁸ Kommer man til at dommen strider mot ordre public, skal avgjørelsen om å avslå begjæringen treffes uten opphold, jfr. art. 45 (1) 2.pkt.

¹⁸³ Høringsnotat pkt. 5.5

¹⁸⁴ l.c.

¹⁸⁵ ibid. 5.5.1

¹⁸⁶ ibid. 5.5.2

¹⁸⁷ l.c.

¹⁸⁸ op.cit. 5.5.2

Prosessuell og materiell ordre public

Artikkel 34 (1) i Lugano 07 må som art. 27 (1) i Lugano 88 ramme både materielle og prosessuelle ordre public-innsigelser.¹⁸⁹

Den materielle ordre public gjelder dommens innhold. Når det er snakk om å nekte anerkjennelse eller fullbyrdelse av en dom, er det mottakerstatens ordre public som legges til grunn.¹⁹⁰ Dvs., dommens gyldighet vurderes mot ordre public i staten hvor den søkes anerkjent eller fullbyrdet. Retten skal av eget tiltak (ex officio) ta stilling til om noen av avslagsgrunnene foreligger. De allmenne hensyn anses å være av en slik betydning at de bør vurderes også i de tilfeller hvor ingen av partene har kommet med en innsigelse.¹⁹¹ Dog begrenses dommernes undersøkelse av forholdene til det som fremgår av dommen og partenes dokumentasjon.¹⁹² Visse deler av saksforholdet er imidlertid avskåret fra ordre public-innsigelse etter art. 34. Dette gjelder innsigelser mot regler om *opphavsdomstolens stedlige kompetanse*, samt de *faktiske forhold* som er lagt til grunn for avgjørelsen.¹⁹³

Det følger av rettspraksis at man også i forhold til anerkjennelse skal være tilbakeholden med å benytte ordre public innsigelsen. I en sak for EF-domstolen, Hoffman mot Krieg, ble det uttalt at regelen kun skal benyttes i unntakstilfeller.¹⁹⁴ Dette er i samsvar med forarbeidene som gir uttrykk for at regelen skal anvendes i eksepsjonelle tilfeller. Rognlien gir uttrykk for at det eksisterer et særlig forbehold for konvensjonsregulerte rettsforhold.¹⁹⁵

Utenlandske avgjørelser kan videre nektes anerkjent både fordi resultatet er ordre public-stridig, og fordi avgjørelsen er basert på ordre public-stridige prosessregler, f.eks. uakseptabel rettergang eller saksbehandling.¹⁹⁶ Når det gjelder de prosessuelle ordre public-

¹⁸⁹ Rognlien (1993) s. 237

¹⁹⁰ *ibid.* s. 236

¹⁹¹ *l.c.*

¹⁹² *l.c.*

¹⁹³ *l.c.*

¹⁹⁴ Sag 145/86 Hoffman mot Krieg, pkt. 21

¹⁹⁵ Rognlien (1993) s. 237, se også om rettslikhet i pkt. 1.4

¹⁹⁶ Thue (2002) s. 186. Et brukt eksempel har vært den islamske skilsmisseordningen Talak.

innsigelsene, er det antatt at disse kan påberopes i enda mindre grad.¹⁹⁷ Det stilles dermed strenge krav, Rognlien nevner tilfeller hvor grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper er satt til side, f.eks. hvor ”en part ikke har fått mulighet til å presentere sin sak eller er blitt grovt diskriminert på annen måte”.¹⁹⁸ Generelt må man anta at utenlandske prosessregler vil bli møtt med ordre public om de er stridende med ”fair trial” etter EMK art. 6.¹⁹⁹

En slik sak ble forelagt EF-domstolen i 2009 (Marco Gambazzi mot DaimlerChrysler Canada inc. og CIBC Mellon Trust Company). Rettsforholdet ble regulert av Brusselkonvensjonen 1968, men under hensyntagen av Lugano 88. Som et ledd i en erstatningssak mot Marco Gambazzi ble det ved flere kjennelser fra Høyesterett i England & Wales bestemt at Gambazzi fikk et foreløpig forbud mot å råde over sine aktiver (freezing order), samt et påbud om å legge fram opplysninger om visse aktiver og dokumenter i hans besittelse (disclosure order). Da Gambazzi etter flere advarsler ikke etterkom disse påleggene fullt ut, ble han utelukket fra rettsforhandlingene. Saken ble derfor avgjort som uteblivelsesdom hvoretter DaimlerChrysler og CIBC fikk medhold, og som deretter sendte inn begjæring om fullbyrdelse i Italia. Da begjæringen ble tatt til følge, iverksatte Gambazzi anke med den innsigelse at dommen ikke kunne fullbyrdes pga ordre-public hensyn, jfr. Brusselkonvensjonen art. 27 (1). Den italienske domstolen henvendte seg til EF-domstolen for en uttalelse om fullbyrdesstaten skal ta hensyn til den omstendighet at domstolen i den stat avgjørelsen ble tatt, har nektet den tapende part retten til å ivareta sitt forsvar pga de pålegg som er nevnt ovenfor, eller om fullbyrdesstaten er avskåret fra dette etter art. 26 som bestemmer at en dom avsagt i en konvensjonsstat skal anerkjennes i en annen konvensjonsstat uten særlig prosedyre. EF-domstolen slo fast at retten i den stat begjæringen rettes til, kan ta hensyn til den omstendighet at den tapende part ikke har fått presentert sitt forsvar når den etter en samlet vurdering kommer til at det utgjør et ”åpenbart og uforholdsmessig inngrep i saksøktes rett til å bli hørt”.²⁰⁰

¹⁹⁷ Rognlien (1993) s. 237

¹⁹⁸ l.c.

¹⁹⁹ Thue (2002) s. 187

²⁰⁰ Sag 394/07, Gambazzi v DaimlerChrysler Canada Inc.

En lignende sak var opp i Krombach-dommen i 2000. Her ble det uttalt at det er opp til den enkelte konvensjonsstat å fastlegge hvilke krav som stilles til grunnleggende rettsprinsipper i samsvar med nasjonal rett, men at grensene for begrepet må tolkes i lys av konvensjonen. Dette betyr videre at EF-domstolen ikke kan bestemme innholdet av de grunnleggende rettsprinsipper i konvensjonsstatene, men at den har en plikt til å påse at statene holder seg innefor konvensjonens grenser når begrepet brukes som en begrunnelse for ikke å anerkjenne en dom avsagt av en kontraherende stat.²⁰¹

Hva som faller utenfor konvensjonen

Lugano 07 gjelder f.eks. ikke statusavgjørelser eller formuerettigheter som følge av ekteskap, testament og arv.²⁰² Store deler av familieretten er dermed unntatt og må søkes løst etter andre regler. Et omfattende arbeid har blitt gjort med Haagkonvensjonene hvor Norge har tiltrådt flere.²⁰³ Bl.a. er barnebortføringsloven et resultat av den europeiske konvensjonen av 20.mai 1980. I lovens § 7 heter det at anerkjennelse og fullbyrdelse av avgjørelser om foreldreansvar mv. ikke skal skje dersom ”dette vil være klart uforenlig med de grunnleggende prinsipper i norsk rett om familie og barns rettsforhold”. Videre har vi en sentral lov av 2. juni 1978 nr. 38 ”om anerkjennelse av utenlandske skilsmisser og separasjoner” som bygger på Haagkonvensjonen av 1970.²⁰⁴ Utgangspunktet er at utenlandske avgjørelser om skilsmisser og separasjoner skal godkjennes i Norge så lenge en av ektefellene er statsborger eller har bopel i den fremmede stat ved saksanlegget.²⁰⁵ Loven gjelder dermed uavhengig av hvilken stat det gjelder, mens konvensjonen stiller som vilkår at det gjelder en konvensjonsstat.²⁰⁶ Unntaket følger av lovens § 2: ”Utenlandsk skilsmisse eller separasjon gjelder ikke her i riket dersom dette åpenbart ville virke støtende

²⁰¹ Sag 7/98, Krombach v Bomberski

²⁰² Luganokonvensjonen 2007 art. 1 pkt. 2 a)

²⁰³ Se Haag konferansens hjemmeside; http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.details&sid=58

²⁰⁴ Haag-konvensjonen 1.juni 1970. Konvensjonen er ratifisert av Norge. En egen familierettslig konvensjon gjelder for de nordiske landene fra 6. februar 1931.

²⁰⁵ Rognlien (1993) s. 62

²⁰⁶ Lov om anerkjennelse av utenlandske skilsmisser og separasjoner § 1, 1.ledd

på norsk rettsorden (ordre public)”.²⁰⁷ Det vil typisk være fremgangsmåten som er ordre public-stridig, da skilsmisse eller separasjon i seg selv neppe vil være det.²⁰⁸ For det første kan dette gjelde private skilsmisseprosedyrer, f.eks. ved privat avtale (østasiatisk tradisjon), ved såkalt skilsmissebrev (jødisk tradisjon), eller ved den islamske forstøtelsesordning talak.²⁰⁹ Sistnevnte er kun en rettighet for mannen til å kreve skilsmisse, ikke for kvinnen. Ved vurderingen om den utenlandske skilsmisse eller separasjon er ordre public-stridig, må det bl.a. tas hensyn til de norske ekteskapsrettslige prinsipper, sakens tilknytning til Norge, og om avgjørelsesprosessen må anses som uakseptabel overfor en av partene.²¹⁰ Er skilsmissen eller separasjonen oppnådd frivillig, vil den som regel anerkjennes.²¹¹ Er den kjønnsdiskriminerende, slik som muslimenes talak, er det større sjanse for at den vil rammes av ordre public. Særlig betydning vil nok tilknytningen til Norge få i slike tilfeller.²¹²

Forholdet til andre konvensjoner

Med unntak for noen konvensjoner som gjelder særskilt avgrensede saksfelt, jfr. art. 67, skal Luganokonvensjonen 2007 erstatte andre konvensjoner inngått mellom konvensjonsstatene, og som dekker samme område som konvensjonen, jfr. art. 65. Dette betyr at en rekke tidligere konvensjoner mellom konvensjonsstatene er falt bort etter at konvensjonen trådte i kraft 01.01.2010.²¹³

3.3 Tvisteloven § 19-16 (3)

Tvisteloven har i § 19-16 (3) en egen bestemmelse som sier at utenlandske avgjørelser som er rettskraftig avgjort i fremmed stat ikke skal anerkjennes i Norge ”dersom dette ville

²⁰⁷ Jfr. Haag-konvensjonen art. 10

²⁰⁸ Thue (2002) s. 376

²⁰⁹ *ibid.* s. 377

²¹⁰ *l.c.*

²¹¹ Thue (2002) s. 378

²¹² *l.c.*

²¹³ *Tvisteloven kommentarutgave* (2007) s. 880

stride mot ufravikelige rettsregler eller virke støtende på rettsordenen”. Bestemmelsen angir dermed uttrykkelig, i motsetning til Lugano 07, at avgjørelser i strid med preseptoriske regler ikke kan anerkjennes. Noen avgjørende forskjell i praksis vil dette neppe innebære, med tanke på at regelen er utformet i samsvar med bestemmelsen i Luganokonvensjonen.²¹⁴ I kommentarutgaven til tvisteloven antydes det at det ikke er tilstrekkelig at det er snakk om ufravikelige regler, men at de må ta sikte på å regulere det rettsforhold som den utenlandske dom gjelder.²¹⁵ Regelen i tvisteloven vil fungere som en slags oppsamlingsklausul på områder som ikke omfattes av Luganokonvensjonen eller annen særlovgivning. Rettsforhold som er konvensjonsregulert, men uten at det er tatt inn en ordre public-klausul, vil sannsynligvis ikke kunne settes til side som ordre public-stridig.²¹⁶

I en dom avsagt av Gulating lagmannsrett i 2009 drøftes spørsmålet om det er tilstrekkelig at den utenlandske dom strider mot norske ufravikelige rettsregler for å hindre anerkjennelse, eller om det også må kreves at avgjørelsen vil virke støtende på vår rettsorden.²¹⁷ Lagmannsretten slutter seg her til Tingrettens uttalelse:

” Retten legger etter dette til grunn at tvisteloven § 19-16 tredje ledd må forstås som en ren henvisning til ordre public-regelen. Den stiller ikke opp strid mot preseptorisk lovgivning som et selvstendig hinder for anerkjennelse av en utenlandsk avgjørelse. Slik strid vil imidlertid kunne ha betydning for vurderingen av hvorvidt den utenlandske avgjørelsen virker støtende på norsk rettsorden”.

Saken gjaldt et norsk par som ved hjelp av en surrogatmor i California fikk et barn sammen. Befruktningen skjedde ved prøverør med mannens sæd og egg fra en tredje kvinne. Det ble ved amerikansk domstol i november 2007 stadfestet at den norske kvinnen skulle anses som barnets juridiske mor (”the legal mother”), og den norske mannen som barnets juridiske far (”the legal father”). Barnet ble født i januar 2008. Da paret ble separert i april 2008 oppsto spørsmål om foreldreansvar. Faren hevdet at den norske kvinnen ikke

²¹⁴ ibid. s. 882

²¹⁵ ibid. s. 882

²¹⁶ Eek (1965) s.199

²¹⁷ RG. 2009 s. 348

hadde noen rettigheter til barnet fordi det følger av norske regler at bare den som har fødd barnet eller fått foreldreansvar gjennom adopsjon eller ved avgjørelse innenfor rammen av barnevernsloven, kan være juridisk mor, jfr. barneloven § 2. Han mente derfor at avgjørelsen truffet ved den amerikanske domstol var uforpliktende i Norge, og at en anerkjennelse av dommen i Norge måtte stride mot ordre public-reglene da den ville virke støtende mot vår rettsorden og vår kulturarv. Den norske kvinnen bestred dette. Hun la vekt på at det gjaldt en avtale hvor alle parter var enige og at det måtte være til barnets beste at hun fikk beholde foreldreansvaret. Angående spørsmålet om kvinnens juridiske morskap til barnet var rettskraftig avgjort, sluttet Lagmannsretten seg til Tingrettens uttalelse om at den utenlandske avgjørelsens rettskraft måtte vurderes ut i fra tvistelovens alminnelige regler om dette.²¹⁸ Videre om barnelovens § 2 som uttrykkelig sier at ”avtale om å føde eit barn for ei anna kvinne ikkje er bindande”, stiller retten seg tvilende til om den aktuelle problemstillingen var vurdert av lovgiver ved vedtagelsen. På bakgrunn av forarbeidene konkluderer så Tingretten med at det var forholdet til surrogatmoren, evt. også eggdonoren, og ikke mellom far og ”tiltenkt” mor bestemmelsen var ment å regulere. Lagmannsretten slår deretter fast at det ”[ikke er] tilstrekkelig grunn til å konstatere at det vil være i strid med ufravikelige norske regler å anerkjenne avgjørelsen fra California”. Det avgjørende vil dermed være om dommen vil virke støtende på den norske rettsorden. I forhold til dette spørsmålet legges det vekt på det grunnleggende hensynet etter barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 om hva som er til det beste for barnet. Retten kommer på bakgrunn av en slik vurdering til at det ikke er ordre public-stridig å anerkjenne den amerikanske dommen i Norge.

Videre nevner lovkommentaren preseptoriske regler som typisk *ikke* kan hindre anerkjennelse av utenlandske avgjørelser, så som pris- og rasjoneringsbestemmelser.²¹⁹ Ifølge lovkommentaren forutsetter disse reglene at omsetningen har funnet sted i Norge. For å nekte anerkjennelse av utenlandske avgjørelser på dette området må det således stilles krav om at de nasjonale regler tar sikte på å regulere rettsforhold også utenfor

²¹⁸ RG. 2009 s. 348

²¹⁹ *Tvisteloven kommentarutgave* (2007) s. 882

landegrensene.²²⁰ Hvor dette ikke er tilfelle vil en utenlandsk avgjørelse få rettskraft her i landet, selv om en dom avsagt i Norge ikke ville fått det.²²¹

Det er få avgjørelser som direkte bygger på ordre public-reservasjonen i tvl. § 19-16 (3). I en skattesak for Høyesterett fra 1996 var det spørsmål om det kunne tas utlegg i Norge ved et tvangsgrunnlag fra svenske skattemyndigheter. Avgjørelse om utleggsbegjæring ble fattet ved dom av Stockholm länsrett og den norske skyldneren (som var 15 år da dommen ble avsagt) mente det var begått en saksbehandlingsfeil ved at hennes verge ikke ble stevnet i saken. Dette måtte ifølge skyldneren føre til opphevelse ved tilsvarende tilfeller i Norge, og en anerkjennelse av dommen i Norge måtte således være i strid med norske ufravikelige regler om dommen ble anerkjent i Norge.²²² Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at lov 28. juli 1949, som gir Kongen adgang til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning, ikke inneholdt noen direkte henvisning til tvistemålslovens ordre public-reservasjon, men at den måtte forstås slik at den inneholdt en ”alminnelig ordre public-reservasjon”. Det ble imidlertid lagt vekt på at det skal svært mye til for at regelen får anvendelse, og at det ikke var anført at saksbehandlingen hos de svenske myndigheter var i strid med svenske rettsregler. Ordre public-innsigelsen førte derfor ikke fram.²²³

3.4 Oppsummering

Hovedformålet med Luganokonvensjonen er å oppnå fri flyt av dommer innen Europa. For å oppnå dette er det viktig at ordre public-regelen anvendes svært restriktivt, noe som kommer til uttrykk i konvensjonsteksten ved at det stilles krav om at dommen er åpenbart i strid med ordre public før den kan nektes anerkjent eller fullbyrdet. Det er naturlig å tro at domstolene også vil være mer varsomme med å sette til side en dom enn en fremmed rettsregel på grunn av ordre public. Dette kan forklares med at tilsidesettelse av en dom

²²⁰ *ibid.* s. 882

²²¹ *l.c.*

²²² Jfr. tvistemålsloven § 167 (2) sml. tvisteloven § 19-16 (3)

²²³ Rt. 1996 s. 1288

mest sannsynlig vil oppfattes som mer opprivende, siden avgjørelse allerede er fattet og partene kanskje har rukket å innrette seg.

Utenlandske dommer som faller innenfor Luganokonvensjonens område vil ha retts- og tvangskraft direkte etter konvensjonen som følge av lex specialis-prinsippet. Tvisteloven vil fange opp de rettsområder som Luganokonvensjonen ikke dekker, forutsatt at retts- og tvangskraft følger av lov eller overenskomst med fremmed stat.

4. Ordre public i internasjonal kommersiell voldgift

4.1 Problemstillingen

Kjennetegnende med internasjonal voldgift er at partene står mye friere til å bestemme hvordan tvisteløsningsprosessen skal foregå og hvordan rettskonflikten skal løses. Det er partene selv som i utgangspunktet bestemmer hvilke regler som skal regulere forholdet, hvem som skal dømme og hvor tvisteløsning skal finne sted.²²⁴ Ulike spørsmål dukker dermed opp, bl.a. om partene står så fritt at de kan avtale seg vekk fra regler med ordre public-karakter og om voldgiftsretten i så fall kan velge å se bort i fra partenes valg. Jeg vil også se på hvilke konsekvenser dette kan få i forhold til håndhevelse av voldgiftsdommer, både i og utenfor Norge.

4.2 Generelt om voldgift

Hva er internasjonal kommersiell voldgift?

Voldgift er en alternativ tvisteløsning til de nasjonale domstolene i saker hvor partene har fri rådighet, jfr. voldgiftsloven § 9. I Norge kan bruk av voldgift spores helt tilbake til ættesamfunnet, og har i dag blitt en svært populær konfliktløsningsmodell, spesielt i

²²⁴ Voldgiftsloven §§ 12, 22, 31.

rettstvister mellom stater og selskaper innenfor internasjonal handel.²²⁵ Voldgift kjennetegnes av at partene frivillig har inngått en avtale om hvordan de skal løse konflikter seg i mellom, dette gjelder både konflikter som allerede har oppstått og eventuelt framtidige konflikter.²²⁶ Partene velger selv hvem og hvor mange som skal utpekes til dommere.²²⁷ En voldgiftsdommer skal være upartisk, uavhengig av partene, og kvalifisert for vervet.²²⁸ Voldgiftstedet velges i utgangspunktet av partene, men av voldgiftsretten om partene ikke har avtalt noe.²²⁹

Hva som menes med *internasjonal* voldgift varierer fra land til land.²³⁰ I Norge er ikke skillet mellom nasjonal og internasjonal voldgift særskilt definert da man har valgt å gi voldgiftsloven virkning for både norske og internasjonale parter. Det er likevel et vilkår at voldgiften finner sted i Norge for at voldgiftsloven skal få anvendelse, jfr. vogl. § 1.

Begrepet *kommersiell* tolkes gjerne vidt slik at det regulerer både rettsforhold som springer ut av kontrakt og de som ikke gjør det.²³¹ Ifølge Moss er en negativ tilnærming mest hensiktsmessig for å redegjøre for begrepets omfang, og loven må således oppfattes slik at familie- og arverett, spørsmål vedrørende personers rettsevne, forbrukerrett, samt offentlig rett faller utenfor begrepet.²³² Denne oppgaven avgrenses mot ikke-kommersiell voldgift.

Hensyn

Det er flere grunner til å velge (internasjonal kommersiell) voldgift fremfor alminnelig tvisteløsning for domstolene. Partene gis stor frihet til å påvirke voldgiftsprosessen, og brukes typisk av forretningsforbindelser i internasjonale forhold.²³³

²²⁵ *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s.13, Redfern (2009) s. 1

²²⁶ Voldgiftsloven § 10

²²⁷ Voldgiftsloven §§ 12, 13.

²²⁸ Voldgiftsloven § 13, 1.ledd

²²⁹ Voldgiftsloven § 22

²³⁰ Moss (1999) s. 43. Dette følger av UNCITRAL modelloven som opplister en rekke områder som omfattes.

²³¹ Moss (1999) s. 45

²³² l.c.

²³³ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 3.5

For det første er hensynet til nøytralitet et viktig moment.²³⁴ I internasjonale rettsforhold vil den ene partens hjemland gjerne være fremmed for den andre. Voldgift gir partene mulighet til å velge et nøytralt voldgiftssted, som bl.a. innebærer at ingen av partene oppnår prosessuelle eller språkmessige fordeler.²³⁵ Videre har partene mulighet til å velge sine egne dommere og kan dermed sikre seg at dette er personer med tilstrekkelig ekspertise på området eller personer de har særlig tillit til.²³⁶ Særlig i kompliserte saker vil dette være et viktig moment.²³⁷ Har dommeren innsikt i f.eks. kutyme og tekniske begrep på området, øker det sjansene for et materielt riktig resultat.²³⁸

Det er videre et viktig moment at en voldgiftsdom er bindende mellom partene og retts- og tvangskraftig på lik linje med en dom.²³⁹ Har partene valgt å løse tvisten ved voldgift, er de avskåret fra å bringe tvisten inn for de alminnelige domstoler.²⁴⁰ En voldgiftsdom vil også være enklere å håndheve i andre land enn en alminnelig dom pga. det internasjonale samarbeidet med New York-konvensjonen. I tillegg behandles voldgiftsavgjørrelser kun i én instans, noe som for mange utgjør et viktig effektivitetshensyn både med tanke på tid og kostnader.²⁴¹ Partene kan dessuten velge dommere som vil prioritere saken og dermed sørge for at saksbehandling og berømmelse av saken skjer innen en kortere tidsramme i forhold til domstolene.

²³⁴ Redfern (2009) s. 31 og Van den Berg (1981) s. 1

²³⁵ Redfern (2009) s. 32

²³⁶ Van den Berg (1981) s. 1, og Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 3.2

²³⁷ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 3.2

²³⁸ Mæland (1988) s. 14

²³⁹ Redfern (2009) s. 32, voldgiftsloven § 45, tvangfullbyrdelsesloven § 4-1, 2.ledd (d)

²⁴⁰ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 1.

²⁴¹ Ot.prp. nr.27 (2003-2004) pkt. 3.3. og 3.4

Rettslig grunnlag

Voldgiftsloven

Først i 2004 fikk vi en egen lov om voldgift i Norge. Før dette var voldgift regulert i et eget kapittel i tvistemålsloven.²⁴² Da tvistemålsloven skulle revideres i 1999, var det enighet om at det var behov for en egen voldgiftslov. Det ble særlig pekt på at mange land hadde fulgt UNCITRALs modellov fra 1985 som mønster for internasjonal voldgift. Under arbeidet med den norske loven foreslo departementet at også våre voldgiftsregler skulle bygge på modelloven, både innholdsmessig og systematisk.²⁴³

UNCITRALs modellov

UNCITRAL er et organ innenfor FN som arbeider med internasjonal handelsrett. Modelloven er et resultat av et internasjonalt prosjekt for å oppnå ensartet lovgivning for internasjonal voldgift i ulike land.²⁴⁴ Ved utforming av nasjonal lovgivning for internasjonal voldgift er det anbefalt av FNs generalforsamling at modelloven tas i betraktning.²⁴⁵ Modelloven regulerer både gyldighet og retts- og tvangskraft, og er benyttet av rundt 50 land som mønster for egen voldgiftslovgivning.²⁴⁶

New York-konvensjonen

Modelloven er i sin tur kommet i stand etter mønster fra New York-konvensjonen som er den mest sentrale konvensjonen for anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer. Konvensjonen ble vedtatt 10. Juni 1958 og er i dag tiltrådt av 144 land.²⁴⁷ UNCITRAL står også bak denne konvensjonen.

²⁴² Tvistemålsloven kapittel 32

²⁴³ *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s. 15, Ot. prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 1

²⁴⁴ Ot. prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 6

²⁴⁵ l.c.

²⁴⁶ Moss (2009) s. 365

²⁴⁷ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

Konvensjonen regulerer voldgiftsdommer som avgjøres i én konvensjonsstat og anerkjennes eller fullbyrdes i en annen. Videre gjelder den voldgiftsavgjørelser avsagt i samme land som avgjørelsen søkes anerkjent eller tvangsfullbyrdet i, men som likevel er karakterisert som ”non-domestic” etter konvensjonen, altså internasjonal, jfr. art. I (1). Statene kan videre velge om de ønsker å forplikte seg overfor alle stater hvor avgjørelsen søkes anerkjent eller tvangsfullbyrdet, eller kun overfor de som har inngått en gjensidig forpliktelse (som Norge har gjort), jfr. art. I (3). Partene kan fritt avtale hva de vil så lenge de holder seg innenfor rammen av konvensjonen. Går de utenfor, anses dette å være i strid med ordre public.²⁴⁸

4.3 Ordre public som lovvalgsprinsipp i voldgiftssaker

Utgangspunktet – partenes avtale

Det fremgår av vogl. § 31 at voldgiftsretten skal anvende de rettsregler som partene selv har valgt.²⁴⁹ Vi sier at lovvalget er basert på *partsautonomi*. Når partene henviser til et lands lov eller rettssystem skal dette anses som materielle regler og ikke lovvalgsregler, med mindre annet fremgår.²⁵⁰ Begrepet ”rettsregel” i motsetning til ”lovregel” er treffende innenfor voldgiftsinstituttets rammer i den forstand at det ikke foreligger noe krav om at partenes rettsvalg henviser til nasjonal lovgivning.²⁵¹ Partene står fritt til å bestemme at voldgiftsretten skal treffe sin avgjørelse etter f.eks. rimelighet eller internasjonale regler som *lex mercatoria*.²⁵² Avtalen kan også inneholde en kombinasjon av ulike rettssystemer for ulike deler av rettsforholdet, eller bygge på lover som ikke er trådt i kraft.²⁵³ Mange vil dermed hevde at prinsippet om partsautonomi i internasjonal kommersiell voldgift rekker lengre enn det alminnelige lovvalgsprinsipp etter f.eks. Roma-konvensjonen hvor partenes

²⁴⁸ Moss (2009)b s. 365

²⁴⁹ Dette er i tråd med modelloven art. 28 (1).

²⁵⁰ Jfr. voldgiftsloven § 31, 1.ledd, 2.pkt.

²⁵¹ NOU 2001:33 s.104, Alvik (2009) s. 47

²⁵² Berg (2006) s. 255-259

²⁵³ *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s. 198

avtalefrihet er antatt å være begrenset til nasjonale rettssystemer.²⁵⁴ Denne valgfriheten gjør voldgift til et attraktivt alternativ til de alminnelige domstolene, og utgjør derfor et grunnleggende prinsipp i internasjonal kommersiell voldgift.²⁵⁵

Når partene ikke har foretatt et valg

Hvis partene av en eller annen grunn ikke har foretatt noe valg av rettsregler, følger det av norsk rett at voldgiftsretten da skal ta utgangspunkt i *norske* lovvalgsregler.²⁵⁶ Denne løsningen er avvikende fra modelloven. Det fremgår av modellovens art. 28 (2) at ”failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable”. Modelloven har altså overlatt helt til dommernes skjønn hvilke rettsregler som skal anvendes. Grunnen til at vi har valgt en annen løsning er ifølge forarbeidene at dette skaper større sikkerhet og forutberegnelighet med hensyn til hvilke materielle regler som skal anvendes.²⁵⁷ Partene kan imidlertid avtale at voldgiftsretten skal bestemme hvilke materielle rettsregler som skal gjelde.²⁵⁸

4.4 Hva er konsekvensen av at en voldgiftsdom er i strid med ordre public?

Det følger av voldgiftsloven § 43, annet ledd b) at en voldgiftsdom kan settes til side av domstolene som ugyldig dersom ”voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen (ordre public)”. Bestemmelsen bygger på UNCITRAL modelloven art. 34 (2) b) ii) hvor en voldgiftsdom kan settes til side som ugyldig dersom domstolen finner at ”the award is in conflict with the public policy of this State”.

²⁵⁴ Alvik (2009) s. 47

²⁵⁵ *ibid.* s. 43

²⁵⁶ Voldgiftsloven § 31, 2.ledd.

²⁵⁷ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 16.2.2

²⁵⁸ Voldgiftsloven § 31, 1.ledd

Domstolenes adgang til å prøve gyldigheten

En voldgiftsdom er i utgangspunktet bindene mellom partene. Skal de alminnelige domstolene prøve gyldigheten av voldgiftsdommen må det anlegges et ugyldighetssøksmål.²⁵⁹ En voldgiftsdom som er ordre public-stridig kan således bli stående om søksmål ikke fremmes.²⁶⁰ Siden voldgift kun behandles i én instans, vil en prøving av gyldigheten være eneste mulighet til å angripe dommen.²⁶¹

Om en part ønsker å gå til ugyldighetssøksmål, må dette gjøres i landet hvor voldgiftsretten har sitt sete. Dette følger både av norske voldgiftsregler og av modelloven.²⁶² Ved vurderingen skal norsk ordre public legges til grunn.²⁶³ I og med at ordre public kan variere fra land til land, vil derfor utfallet av ugyldighetssøksmål i internasjonale tvister avhenge av i hvilket land voldgiften har sitt sete. UNCITRAL modelloven har imidlertid bidratt til en viss harmonisering mellom de land som har benyttet modelloven som mønster.²⁶⁴ Under arbeidet med modelloven ble det foreslått en henvisning til internasjonal ordre public, men forslaget ble avslått.²⁶⁵ Tanken bak forslaget var å forhindre at hvert land definerte sin egen ordre public, men at man i stedet søkte å utvikle en kategori hvor kun de prinsipper som kunne anses som fundamentale på internasjonalt nivå var omfattet.²⁶⁶ Usikkerhet rundt hvordan begrepet skulle defineres, samt at en snever tolking kunne føre til samme resultat, gjorde det imidlertid unødvendig å skape en ny ordre public-kategori.²⁶⁷

Ugyldighetsgrunnene i voldgiftsloven § 43 tilsvarer ugyldighetsgrunnene etter modelloven, samt de forhold som er til hinder for anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse i voldgiftsloven § 46 og New York-konvensjonen art. V.²⁶⁸ Likhetene er tilsiktet, og det er derfor naturlig å ta

²⁵⁹ Voldgiftsloven § 42

²⁶⁰ *Voldgiftsloven kommentarutgave* s. 250, Meidell (2006) s. 317. jfr. ordet "bare" i voldgiftsloven § 42.

²⁶¹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 17.1.

²⁶² Voldgiftsloven § 31, UNCITRALs modellov art. 34

²⁶³ NOU 2001:33 pkt. 8. Det følger av en tolkning av forarbeidene som viser til modellovens interne ordre public. Se bl.a. kommentarutgave s. 259

²⁶⁴ Moss (2009)b s. 365

²⁶⁵ *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s. 260

²⁶⁶ l.c.

²⁶⁷ *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s. 260

²⁶⁸ NOU 2001:33 pkt. 8.

hensyn til bl.a. hovedformålet i New York-konvensjonen som er å skape gode rammebetingelser for voldgift.²⁶⁹ For å oppnå dette bør domstolenes adgang til å sette voldgiftsavgjørelser til side begrenses, noe som betyr at ugyldighetsgrunnene bør tolkes restriktivt.²⁷⁰ Det går fram av forarbeidene at strid med preseptorisk lovgivning ikke uten videre medfører ugyldighet.²⁷¹

Hensynet til et effektivt voldgiftsinstitutt hvor domstolenes adgang til å sensurere voldgiftsdommer er begrenset, må likevel holdes opp mot hensynet til rettssikkerhet.²⁷² Meidell mener det er nødvendig at staten garanterer for at grunnleggende rettssikkerhetskrav er oppfylt for at voldgift skal anses som en pålitelig tvisteløsning.²⁷³ I sin argumentasjon viser han til en uttalelse av professor William W. Park i Lov og Rett;

”If arbitration is to fulfil its promise of efficiency and fairness in contract enforcement, national legal systems must provide control mechanisms to monitor the arbitral process with respect to matters of procedural fair play and the limits of an arbitrator’s jurisdiction”.²⁷⁴

Det er først og fremst dommens innhold domstolene kan prøve som ordre public-stridig.²⁷⁵ Moss tolker det slik at det er resultatet av dommen som er gjenstand for sensur, ikke voldgiftsdommens rettsanvendelse eller bevisbedømmelse.²⁷⁶ I motsatt fall ville domstolene fått en utilsiktet overprøvingsmyndighet.²⁷⁷ Det er antydnet at trinnhøydeprinsippet er et naturlig utgangspunkt ved ordre public-vurderingen, således at en voldgiftsdom i strid med Grunnloven lettere kan tenkes tilsidesatt enn en voldgiftsdom i strid med formell lov.²⁷⁸ Meidell er enig i at bestemmelsen skal ha et snevert anvendelseområde, men åpner for at også visse prosessuelle feil kan rammes av ordre

²⁶⁹ *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s. 250

²⁷⁰ l.c.

²⁷¹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 111

²⁷² Meidell (2006) s. 312

²⁷³ l.c.

²⁷⁴ l.c.

²⁷⁵ Meidell (2006) s. 327

²⁷⁶ l.c., Moss (1999) s. 307

²⁷⁷ *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 327, Moss (1999) s. 307

²⁷⁸ *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 327

public, bl.a. voldgiftsdommer avsagt ved dommerens trusler eller bestikkelser.²⁷⁹ Han viser videre til at brudd på rettsanvendelsen etter § 31 kan rammes av regelen, og sikter da til de tilfeller hvor voldgiftsretten enten har anvendt rettsregler i strid med partenes avtale, jfr. vogl. § 31, 1.ledd, eller i strid med norske lovvalgsregler, jfr. 2.ledd.²⁸⁰ For øvrig understreker han at andre saksbehandlingsfeil bør rammes av vogl. § 43, 1.ledd (e) som gjelder tilfeller hvor ”saksbehandlingen strider mot loven eller partenes avtale”, og antyder at en utvidende tolkning av ugyldighetsbestemmelsen for saksbehandlingsregler er heldigere enn at slike forhold henvises til ordre public-regelen.²⁸¹ Han fortsetter;

”Bruken av *ordre public* bør begrenses til de mest nødvendige og til de mest graverende tilfeller, og ikke brukes som en permanent reserveløsning for de tilfeller som ligger nær opp til første ledd bokstav e”.

Som eksempel på graverende saksbehandlingsfeil nevner han tilfeller hvor saksbehandlingen har vært i strid med fravikelige lovregler som partene ikke har avtalt seg vekk fra. Hvis en slik feil kan ha hatt innvirkning på avgjørelsen, jfr. vogl. § 31, 1.ledd (b), og saksbehandlingsfeilen er av de mer ekstreme, kan det ifølge Meidell være åpning for å anvende ordre public-regelen.²⁸² Etter mitt syn kan det spørres hvor hensiktsmessig dette er når forholdet ligger så tett opp mot bestemmelsen i § 43, 1.ledd (e).

Voldgiftsrettens adgang til å prøve gyldigheten

Voldgiftsretten er i utgangspunktet bundet av partenes avtale, jfr. vogl. § 31, 1.ledd. Mens domstolene kan og må ta hensyn til ordre public av eget tiltak, kan voldgiftsretten risikere at dommen blir kjent ugyldig om de tar hensyn til regler som ikke er en del av partenes avtale.²⁸³ Forklaringen er at voldgiftsretten i så fall anses å ha gått ut over sin kompetanse. Muligheten for partene til å avtale hvilke rettsregler som skal regulere rettsforholdet er et

²⁷⁹ *ibid.* s. 328

²⁸⁰ *ibid.* s. 322

²⁸¹ *Voldgiftsloven med kommentarer* (2006) s. 322-323

²⁸² *ibid.* s. 324-325

²⁸³ *Voldgiftsloven* § 43 (2), jfr. § 43, 1.ledd (c)

bærende prinsipp ved voldgift og ofte en av hovedgrunnene for partene til å velge voldgift.²⁸⁴ Skulle voldgiftsretten ha anledning til å gripe inn i denne avtalen på lik linje som en dommer kan sette til side fremmede rettsregler, ville derfor voldgift som alternativ tvisteløsning ikke være like attraktivt.

Hensynet til voldgiftsdommens endelige karakter tilsier imidlertid at voldgiftsretten bør ha mulighet til å iakttta ugyldighetsreglene.²⁸⁵ Siden domstolene kan overprøve voldgiftsrettens avgjørelse, er det naturlig om også voldgiftsretten selv er bundet av de samme rettsregler som domstolene.²⁸⁶ I motsatt fall kunne man risikere å få en rekke voldgiftsdommer med en form for ”dødsdom” hengende over seg. På bakgrunn av dette er det i vogl. § 31, 4.ledd bestemt at voldgiftsrettens rettsanvendelse begrenses av de samme regler som domstolene, bl.a. ordre public-regelen i § 43.²⁸⁷ Dette vil si at det må være en balanse mellom hensynet til partsautonomien på den ene siden og beskyttelsen av de fundamentale rettsprinsippene (ordre public) på den andre.²⁸⁸ Det er imidlertid ikke klart hvordan denne balansen skal fordeles, og ulike syn har blitt presentert i teorien. Jeg ønsker derfor å trekke frem noen av synspunktene som gjør seg gjeldende i denne aktuelle diskusjonen.

På grunn av at partsautonomien er et grunnleggende prinsipp i voldgift er det en utbredt oppfatning at den har ubegrenset rekkevidde.²⁸⁹ Som vi har sett er det imidlertid faktorer, som ordre public, som kompliserer dette synet på partsautonomiens eneveldige makt ved voldgift. Når jeg nå skal se nærmere på problemstillingen vil jeg ta utgangspunkt i to artikler i Lov og Rett fra 2009 hvor to ulike synspunkt er presentert. Den første er en artikkel av Ivar Alvik og den andre en artikkel av Giuditta Cordero Moss. Presentasjonen i denne oppgaven er ikke ment å gi noen løsning på problemstillingen.

²⁸⁴ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 16.2.4.

²⁸⁵ Meidell (2006) s. 313

²⁸⁶ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 16.2.4.

²⁸⁷ Dette er i tråd med Modelloven art. 16

²⁸⁸ Moss (1999) s. 58

²⁸⁹ Moss (2009)b s. 368

Alvik argumenterer for at partsautonomien har en sterkere og mer dominerende posisjon i internasjonal kommersiell voldgift sammenlignet med tvister ved de nasjonale domstolene.²⁹⁰ Konseptet med voldgift bygger på at voldgiftsrettens kompetanse er utledet fra partenes avtale, noe som bør innebære at prinsippet om partsautonomi er mer ”grunnleggende, ubetinget og uinnskrenket enn ved tvisteløsning for ordinære domstoler.”²⁹¹ Videre er han av den oppfatning at det normalt ikke vil være noe grunnlag for voldgiftsretten til å være bundet av de preseptoriske reglene i den materielle retten i voldgiftsstaten dersom partene uttrykkelig har valgt et annet lands rettsregler, nettopp fordi voldgiftsrettens kompetanse utledes fra partenes avtale.²⁹² Går voldgiftsretten utenfor denne kompetansen kan voldgiftsdommen bli kjent ugyldig av denne grunn.²⁹³

Han oppfatter likevel ikke partsautonomien som absolutt.²⁹⁴ Dette begrunner han med de alminnelige domstolenes kontroll med voldgiftsdommens retts- og tvangskraft som vi har vært inne på tidligere, og legger til at bl.a. ordre public kan komme til anvendelse uavhengig av hva partene har avtalt.²⁹⁵ Alvik bemerker derfor at partsautonomien realistisk sett begrenses av de tvingende regler i landet hvor dommen skal anerkjennes eller fullbyrdes.²⁹⁶

Moss har et noe annet syn på partsautonomiens rekkevidde, og mener den ikke har en så dominerende rolle som Alvik påstår; visse områder må være unndratt partenes avtalefrihet av hensyn til rettssikkerhet og offentlige interesser.²⁹⁷ Hun peker på at det er særlig vernet av rettssikkerhet i forhold til tredje part som kan føre til at en voldgiftsdom blir ansett som ordre public-stridig i internasjonale kommersielle forhold, f.eks. ved

²⁹⁰ Alvik (2009) s. 43-47

²⁹¹ *ibid.* s. 47

²⁹² *ibid.* s. 49

²⁹³ Alvik (2009) s. 49, jfr. New York konvensjonen art. V første ledd c.

²⁹⁴ Alvik (2009) s. 48

²⁹⁵ *ibid.* s. 48-49

²⁹⁶ *ibid.* s. 49

²⁹⁷ Moss (2009)b s. 367

konkurranssevridning.²⁹⁸ På bakgrunn av dette presenterer hun to forhold som kan begrense partsautonomien.

For det første argumenterer hun for at det finnes eksklusive lovvalgsregler på visse områder. På disse områdene kan ikke partsautonomien gjøres gjeldende.²⁹⁹ Hvilke områder dette er utpekes av spesifikke tilknytningsfaktorer, og vil eksempelvis være selskapsrett, insolvensrett og konkurranserett.³⁰⁰ For det andre kan partsautonomien begrenses av internasjonalt preseptoriske regler.³⁰¹ Videre sier hun:

”De samme hensyn som har ført til at rettssystemene opererer med eksklusive lovvalgsregler eller med internasjonalt preseptoriske regler, kan føre til at en voldgiftsdom som fulgte partenes lovvalg og derved ikke tok hensyn til de materielle regler som skulle ha vært anvendt, kan anses som støtende mot fundamentale prinsipper og underkjennes”.³⁰²

Denne faren for at voldgiftsdommen senere kan underkjennes kan ifølge Moss muligens være en tilstrekkelig hjemmel for voldgiftsretten til å anvende ordre public-regler, på tross av partsautonomien.³⁰³ Likevel ser også Moss problemet med at voldgiftsretten i utgangspunktet må holde seg til partenes avtale, og mener derfor det er uheldig at voldgiftsretten må velge mellom å se bort fra partenes avtale og risikere at dommen blir underkjent fordi retten har gått utover sin kompetanse, eller å følge partenes avtale og risikere at dommen senere blir underkjent på grunn av ordre public.³⁰⁴ I stedet mener hun at partsautonomien bør settes inn i en større sammenheng hvor den utgjør en av flere lovvalgsregler innenfor den internasjonale privatretten. På den måten må partsautonomiens rekkevidde tolkes og begrenses ut i fra de rammer som den internasjonale privatretten oppstiller, bl.a. regler med ordre public-karakter.³⁰⁵ Dermed vil ikke voldgiftsretten havne i en ubekvem situasjon hvor den blir nødt til å velge mellom to ”onder”, men kan følge

²⁹⁸ *ibid.* s. 361 - 366.

²⁹⁹ *ibid.* s. 367

³⁰⁰ *ibid.* s. 366 - 367. Se eksempler i pkt. 4.5

³⁰¹ *ibid.* s. 366.

³⁰² *ibid.* s. 367

³⁰³ Moss (2009)b s. 368

³⁰⁴ *l.c.*

³⁰⁵ Moss (2009)b s. 368 - 369

partenes lovvalg ”innenfor de rammene som er akseptable for at voldgiftsdommen ikke mister sine juridiske virkninger”.³⁰⁶

Som en oppsummering er det derfor Alviks syn at voldgiftsretten i første rekke skal forholde seg til partenes avtale, og at man ikke ukritisk kan legge til grunn spesielle lovvalsregler etter voldgiftsetets rett (lex arbitri).³⁰⁷ Moss på sin side mener det er nødvendig med retningslinjer for partsautonomiens begrensning, og understreker at voldgiftsrettens inngripen kan spare partene for senere uhyggelige konsekvenser ved at voldgiftsdommen blir underkjent.³⁰⁸

4.5 Anerkjennelse og fullbyrding

I utgangspunktet skal både norske og utenlandske voldgiftsdommer kunne anerkjennes og fullbyrdes i Norge.³⁰⁹ For at utenlandske voldgiftsdommer skal være gyldig tvangsgrunnlag i Norge kreves det likevel at det anlegges søksmål ved norsk domstol eller at det følger av overenskomst med den fremmede stat.³¹⁰ New York-konvensjonen er den viktigste overenskomsten på området, og åpner for at mange utenlandske avgjørelser kan anerkjennes og fullbyrdes i Norge uten særskilt saksanlegg.³¹¹ Tradisjonelt har det eksistert et bedre internasjonalt system for å få anerkjent og fullbyrdet voldgiftsavgjørelser enn alminnelige domstolsavgjørelser. Etter Luganokonvensjonens frammarsj kan imidlertid dette argumentet ikke gjøres gjeldende med samme tyngde innen Europa.³¹² Siden Luganokonvensjonen ikke gjelder for voldgiftsavgjørelser vil New York-konvensjonen likevel være av samme betydning i dag som før Luganokonvensjonen.

De forhold som er til hinder for anerkjennelse og fullbyrding etter voldgiftsloven samsvarer

³⁰⁶ *ibid.* s. 369

³⁰⁷ Alvik (2009)b s. 47-50

³⁰⁸ Moss (2009)b s. 369

³⁰⁹ Jfr. voldgiftsloven §45, 1.ledd

³¹⁰ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 18.1, jfr. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1, 2.ledd (f)

³¹¹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 18.1, New York-konvensjonens hovedformål er at internasjonale voldgiftsdommer skal anerkjennes og fullbyrdes på lik linje med nasjonale voldgiftsdommer.

³¹² Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) pkt. 3.6

med modelloven samt New York-konvensjonen. Det følger av voldgiftsloven § 46, annet ledd b) at en voldgiftsdom kan ”nektes anerkjent eller fullbyrdet dersom ”anerkjennelse eller fullbyrding av voldgiftsdommen virker støtende på rettsordenen (ordre public)”.

Tilsvarende finner vi i UNCITRAL modelloven art. 36 1) b) (ii) og New York-konvensjonen art. V 2 (b). Bestemmelsen tilsvarer også ordre public-regelen for ugyldighet etter vogl. § 43, 2 (b), og jeg nøyer meg dermed med å henvise til punkt 4.4.³¹³

Det kan også kort nevnes at en voldgiftsdom som er blitt satt til side under voldgiftsetets rett (lex arbitri) i enkelte tilfeller kan tenkes fullbyrdet i Norge pga. ordre public.

Spørsmålet er knyttet til “the delocalisation theory” hvor tanken er at voldgiften er løst fra et hvert nasjonalt rettssystem.³¹⁴ En nærmere drøftelse vil ikke bli gitt her, men det må antas at vogl. § 46, 1 f) som kun sier at fullbyrdelse kan nektes ved en slik tilsidesettelse i alle fall ikke stenger for den muligheten.

Fram til nå har fokuset vært på *norsk* ordre public. Når det gjelder anerkjennelse og fullbyrding av voldgiftsdommer er det likevel hensiktsmessig å heve blikket noe. Det er kjennetegnende ved internasjonal kommersiell voldgift at en av partene ønsker å få dommen anerkjent eller tvangsfullbyrdet i et annet land enn hvor voldgiften fant sted. Det er derfor en fordel å på forhånd kunne forutse hvor dette kan bli aktuelt, og hvilke regler som gjelder for anerkjennelse og tvangsfullbyrding der. For å øke sjansene for at en voldgiftsdom kan håndheves i utlandet, må man se hen til ordre public i det aktuelle land. Dette kan i mange tilfeller være en umulig oppgave, man vet for det første ikke hvem av partene som går seirende ut og kanskje heller ikke hvor motparten har aktiva å hente.

En gjennomgang av hva som anses som ordre public i hvert enkelt land er et større prosjekt enn hva rammene for denne oppgaven tillater. Jeg vil imidlertid presentere noen eksempler på standarder som har blitt ansett å være av *internasjonal* ordre public-karakter.³¹⁵ Slike

³¹³ *Voldgiftsloven kommentarutgave* (2007) s. 278

³¹⁴ Moss (1999) s. 190

³¹⁵ Eksempelene er hovedsakelig hentet fra Moss (2009)b

standarder kan være utledet fra folkerettslige prinsipper, eller basert på hva som er anerkjent som ordre public i de fleste land.³¹⁶ Et forsøk på å gi en definisjon av internasjonal ordre public er gjort av the *International Law Association's Committee on International Commercial Arbitration*.³¹⁷ Komitéens definisjon av en internasjonal ordre public er det som utgjør "part of the public policy of a state which, if violated, would prevent a party from invoking a foreign law or foreign judgement or foreign award".

I en omtalt dom av EF-domstolen, "Eco Swiss China Ltd v Benetton International NV" ble det bestemt at EF-traktatens art. 81 (tidligere art. 85) må anses som europeisk ordre public.³¹⁸ Dommen gjaldt en erstatningssak i Nederland hvor Benetton International ved voldgift var dømt til å betale erstatning til Eco swiss China Ltd på grunn av misligholdelse av en lisensavtale.³¹⁹ Benetton International hevdet senere at voldgiftsavgjørelsen var i strid med ufravikelige rettsgrunnsetninger fordi lisensavtalen var ugyldig etter EF-traktatens art. 81 som gjelder forbud mot konkurransebegrensende avtaler.³²⁰ De nederlandske domstolene henvendte seg i den forbindelse til EF-domstolen for en uttalelse om art. 81 og i hvilken grad de var bundet av regelen.³²¹ Om regelen sier EF-domstolen at art. 81 er en ordre public-bestemmelse etter New York-konvensjonen.³²² Begrunnelsen er bl.a. at artikkelen må anses som grunnleggende i forhold til EF-traktatens prinsipp om å sikre det indre marked.³²³ EF-domstolen sier deretter at:

"heraf følger, at en national ret i det omfang, den efter nationale processuelle regler skal efterkomme en begaering om ophaevelse af en voldgiftskendelse, der stoettes paa, at nationale ufravigelige retsgrundsætninger er overtraadt, ogsaa skal efterkomme en saadan begaering om ophaevelse, naar den stoettes paa, at forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, er overtraadt".³²⁴

³¹⁶ Alvik (2009) s. 49

³¹⁷ Redfern (2009) s. 660

³¹⁸ Sak C-126/97, Eco Swiss China Time LTd. v Benetton International N.V. (Dom av 1.juni 1999)

³¹⁹ *ibid.* premiss 2

³²⁰ Sak C-126/97, Eco Swiss China Time LTd. v Benetton International N.V, premiss 14

³²¹ *ibid.* Premiss 30

³²² *ibid.* Premiss 39

³²³ *ibid.* Premiss 36

³²⁴ *ibid.* Premiss 37

I dommens neste avsnitt tilføyes at New York-konvensjonens uttømmende liste over forhold som er til hinder for anerkjennelse og fullbyrding av voldgiftsdommer ikke endrer konklusjonen.³²⁵ En voldgiftsdom som strider mot EF-konkurransereglene, må derfor ta høyde for å bli kjent ugyldig, eller nektet anerkjennelse eller tvangsfullbyrdelse i Europa.³²⁶ Det fremgår ikke klart av dommen om uttalelsen er ment å gjelde konkurransereglene generelt eller kun art. 81. Frankrike og Sveits har valgt en snever tolkning av konkurransereglenes innvirkning på voldgiftsdommers retts- og tvangskraft.³²⁷ I Frankrike uttalte domstolene i en sak i 2008 at de kun nekter å fullbyrde voldgiftsdommer på grunn av fellesskapsrettens konkurranseregler dersom dommen viser et ”åpenbart, spesifikt og konkret brudd” (min oversettelse) med fransk internasjonal ordre public.³²⁸ Sveits gikk enda lengre og avslo en sak i 2006 som gjaldt brudd på EF-konkurransereglene. Domstolene mente at EF-konkurransereglene ikke kunne få et generelt gjennomslag som internasjonal ordre public.³²⁹ Meidell antyder uansett at partene i konkurransesaker ikke bør avtale voldgift på grunn av ordre public-regelens rekkevidde på dette området.³³⁰ Det er usikkert om norske interne konkurranseregler kan anses som norsk ordre public i like stor grad som konkurranseregler på EØS-nivå.³³¹

Det er antydning at også reglene som beskytter handelsagenter har ordre public-karakter.³³² I tillegg er urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler ansett som ordre public av EF-domstolen, men det er noe usikkert om dette kan få virkning for kommersielle avtaler.³³³ I russisk rett er flere forhold listet opp som ordre public, deriblant selskapers juridiske personlighet, selskapers rettslige handleevne, selskapsorganenes funksjon, samt selskapers

³²⁵ *ibid.* Premiss 38

³²⁶ Alvik (2009) s. 51, Moss (2009) s. 363

³²⁷ Redfern (2009) s. 661

³²⁸ *l.c.* Uttalelsen er hentet fra saken ”SNF v Cytec Industries BV” som var oppe for French cour de cassation i 2008.

³²⁹ Redfern (2009) s. 661. Uttalelsen er hentet fra saken ”Tensaccai v Terra Armata” ved Swiss Federal Court 8.mars 2006

³³⁰ Meidell (2006) s. 127

³³¹ *ibid.* s. 330

³³² Moss (2009)b s. 364

³³³ *l.c.*

forhold til aksjonærene.³³⁴ Videre ble det i en amerikansk dom ansett å være i strid med amerikansk ordre public at svenske insolvensregler ikke var tatt i betraktning.³³⁵

4.6 Oppsummering

Ved voldgift vil partene ofte ha en berettiget forventning om at den materielle retten de har valgt skal anvendes. For at voldgiften skal være et attraktivt alternativ til alminnelig tvisteløsning er det derfor av betydning at adgangen for voldgiftsretten eller domstolene til å komme med en ordre public-innsigelse begrenses til sjeldne unntakstilfeller hvor hensynet er å ivareta rettssikkerheten. Ønsket om å skape uniform lovgivning mellom ulike land tilsier også en begrenset bruk av regelen. Dette er langt på vei søkt løst gjennom UNCITRAL modelloven, New York-konvensjonen og internasjonale ordre public-standarder som trekker opp rammene for ordre public i voldgift.

5. Avslutning

Hva som er ordre public i norsk rett synes mer eller mindre å være uavhengig av hvor regelen gjør seg gjeldende. Eksempelvis kan svik og rasediskriminering være ordre public-stridig både ved anvendelse av fremmede rettsregler og ved anerkjennelse og fullbyrding av dommer. Dette skyldes at ordre public gjenspeiler norske grunnleggende verdier og at dette er noe som endrer seg over tid og i forhold til geografisk plassering, ikke på de ulike stadier i en rettsprosess. Norske verdier må imidlertid ikke tolkes snevert, men forstås som en del av den europeiske rettskultur.

Det er likevel ikke gitt at anvendelsen av ordre public er den samme overalt. Behovet for å reservere seg mot fremmed rett kan variere etter de hensyn som skal beskyttes, og dermed føre til at ordre public opererer innenfor ulike rammer for de ulike tilfellene.

³³⁴ Moss (2009)b. s. 363

³³⁵ l.c.

Lovvalsreglene vil fungere som retningslinjer, men fortsatt vil avgjørelsen i stor grad være basert på dommerens skjønn. Partenes forventninger om hvilken materiell rett som skal regulere forholdet er derfor gjerne usikker. Ved anerkjennelse og fullbyrding stiller dette seg noe annerledes. Her foreligger allerede en avgjørelse og man kan tenke seg at partene har innrettet seg etter denne. Ved vurdering av om ordre public skal komme til anvendelse er det derfor naturlig om terskelen er noe høyere for anerkjennelse og fullbyrding av dommer. Særlig i forhold til partsautonomi vil det være av betydning for partene at adgangen til å gripe inn med ordre public er snever.

På den annen side fungerer ordre public som en ”uunnværlig sikkerhetsventil” i norsk rett for å sikre at norske verdier blir tilstrekkelig ivaretatt. Behovet for regelen vil vokse i takt med at vi åpner opp for å anvende fremmede regler (eller motsatt). Mitt inntrykk er at regelen er viktig i et stadig mer internasjonalisert samfunn, men at en fortsatt restriktiv bruk av ordre public er nødvendig for den norske internasjonale privatrettens effektivitet, og at det ved enhver ordre public-vurdering bør tas hensyn til partenes forventninger og behovet for å sette fremmed rett til side.

Litteraturliste

Bøker

Berg, Borgar Høgetveit. *Avgjørelse av voldgiftssaken*. I: Voldgiftsloven med kommentarer. Oslo, 2006, s. 254-287

Berg, van den, Albert Jan *The New York Arbitration Convention of 1958*. Amsterdam. 1981

Cordes, Jørg og Laila Stenseng *Hovedlinjer i Internasjonal privatrett*. Oslo, 1999

Dicey and Morris on the conflict of laws. Volume 1. Collins, Lawrence ... [et al.] 13. Utg. London, 2000

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo, 2000

Eek, Hilding *The swedish conflict of laws*. Stockholm, 1965

Gaarder, Karsten og Hans Petter Lundgaard *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3.utg. Oslo, 2000

Gjelsvik, Nikolaus *Millomfolkeleg privatrett I*. Aker, 1936

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. Oslo, 2004

Hov, Jo *Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II*. 2.utg. Oslo, 2002

Internasjonal privatrett. Gaarder, Karsten ... [et al.] Oslo, 1963

Meidell, Andreas *Ugyldighet. I: Voldgiftsloven med kommentarer.* Oslo, 2006, s. 311-334

Moss, Giuditta Cordero *International commercial arbitration.* Oslo, 1999

Mæland, Henry John *Voldgift.* Bergen, 1988

Redfern and Hunter on International arbitration, Blackaby, Nigel ... [et al.] London, 2009

Rognlien, Stein *Luganokonvensjonen norsk kommentarutgave.* Oslo, 1993

Thue, Helge J. *Internasjonal privatrett.* Oslo, 2002

Twisteloven Kommentarutgave Bind I. Schei, Tore ... [et al.] Oslo, Bergen, Skien 2007

Voldgiftsloven Kommentarutgave. Kolrud, Helge Jakob ... [et al.] Oslo, 2006

Artikler

Moss, Giuditta Cordero. [a] *Den nye europeiske internasjonale formueretten og norsk internasjonal formuerett I: Lov og Rett.* Årg. 48 nr. 2 (2009) s. 67 – 83.

Moss, Giuditta Cordero. [b] *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift I: Lov og Rett.* Årg. 48 nr. 6 (2009)

Alvik, Ivar. *Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift I: Lov og Rett.* Årg. 48 nr. 1 (2009)

Lovgivning

Norske lover

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. April 1687
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) av 22. Mai 1902 nr. 10
- 1902 Lov om den almindelige borgerlig Straffelovs ikrafttræden (Straffelovens ikrafttredelseslov) av 22. Mai 1902 nr. 11
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (Tvistemålsloven) av 13. August 1915 nr. 6
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven) av 31. Mai 1918 nr. 4
- 1949 Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v. (Dobbeltbeskatningsavtaleloven) av 28. Juli 1949 nr. 15
- 1978 Lov om anerkjennelse av utenlandske skilsmisser og separasjoner av 2. Juni 1978 nr. 38
- 1964 Lov om mellomfolkeleg-privatrettslege reglar for lausøyrekjøp (Kjøpslovvalgsloven) av 03. April 1964 nr. 1
- 1981 Lov om barn og foreldre (Barneloven) av 08. April 1981 nr. 7
- 1988 Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om

foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (Barnebortføringsloven) av 08. Juli 1988
nr. 72

1991 Lov om ekteskap (Ekteskapsloven) av 04. Juli 1991 nr. 47

1992 Lov om lovvalg i forsikring (Forsikringslovvalgsloven) av 27. November
1992 nr. 111

1993 Lov om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om
domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker (Luganoloven)
av 08. Januar 1993 nr. 21

2004 Lov om voldgift (Voldgiftsloven) av 14. mai 2004 nr. 25

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) av 17. Juni 2005 nr.
90

2009 Lov om endringer i tvisteloven m.m. og om samtykke til ratifikasjon av
Luganokonvensjonen 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av
dommer i sivile og kommersielle saker (Luganokonvensjonen 2007) av 19. juni 2009 nr. 79

Utenlandske lover

EGBGB Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
(Tyskland)

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
(Østerrike)

Traktater

EMK Den europeisk menneskerettskonvensjon, Roma 4.
November 1950

New York-konvensjonen Overenskomst om anerkjennelse og fullbyrdelse av
utenlandske voldgiftsavgjørelser (FN), 10. Juni 1958

Brusselkonvensjonen 1968 Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av
rettsavgjørelser i sivile saker, Brussel 27. September 1968

Haagkonvensjonen 1971 Konvensjon om anerkjennelse og fullbyrding av dommer på
sivil- og handelsrettens område, Haag 1. Februar 1971

UNCITRAL modellov UNCITRAL Model Law on International Commercial
Arbitration, 1985

Luganokonvensjonen 1988 Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer
i sivile og kommersielle saker, Lugano 16. September 1988

Brusselforordning I Rådets forordning (EF) om retternes kompetence og om
anerkendelse og fullbyrdelse av retsafgørelser på det civil- og handelsrettlige område nr.
44/2001, 22. Desember 2000

Luganokonvensjonen 2007 Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og
fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, Lugano 30. Oktober 2007

Roma II Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) om
lovvalgsregler for forpligtelser uden for kontrakt nr. 864/2007, Strasbourg 11. juli 2007

Roma I Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) om
lovvalsregler for kontraktlige forpligtelser nr. 593/2008 , Strasbourg 17. juni 2008

Forarbeider

Ot.prp.nr. 52 (1987-1988) Barnebortføringsloven

Ot. prp. nr. 72 (1991-1992) Forsikringslovvalgsloven

Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) Voldgiftsloven

Ot.prp. nr. 89 (2008-2009) Endringslov til tvisteloven

NOU 2001: 33 Voldgiftsloven

Høringsnotat (2008) Høring – Norsk tilslutning til Luganokonvensjonen 2007 (2008)

Norsk rettspraksis

RG. 2009 s. 348

Rt. 1923 II s. 58

Rt. 1931 s. 1185

Rt. 1934 s. 152

Rt. 1953 s. 1132

Rt. 1969 s. 664

Rt. 1977 s. 715

Rt. 1983 s. 251

Rt. 1996 s. 1288

Rt. 2002 s. 180

Rt. 2009 s. 1537

Utenlandsk rettspraksis

Sag C-186/45 Hoffmann mod Krieg. Saml. 1988 s.00645

Sag C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International N.V. saml. 1999 I-03055

Sag C-7/98, Krombach mod Bamberski. Saml. 2000 I-01935

Sag C-394/07 Gambazzi mod DaimlerChrysler Canada Inc. Saml. 2009

Nettdokument

Haag konferansens hjemmeside,
http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.details&sid=58

Status New York-konvensjonen,
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

